

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE
ECUADOR**

ÁREA DE DERECHO

**MAESTRÍA EN DERECHO FINANCIERO, BURSÁTIL Y
SEGUROS**

**"EL ABUSO DEL DERECHO EN EL ECUADOR.
ANÁLISIS DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL"**

DR. JUAN TOSCANO GARZÓN

2007

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando ésta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Dr. Juan Toscano Garzón

Quito, 26 de septiembre del 2007

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO FINANCIERO, BURSÁTIL Y SEGUROS

**“EL ABUSO DEL DERECHO EN EL ECUADOR.
ANÁLISIS DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL”**

DR. JUAN TOSCANO GARZÓN

2007

TUTOR: DR. SANTIAGO ANDRADE UBIDIA

Quito, 26 de septiembre del 2007

PROPÓSITOS Y CONTENIDO DE LA TESIS

Es práctica diaria en instancias judiciales y administrativas que los funcionarios, litigantes o administrados, contratantes y Abogados incurran en abuso del derecho o de un derecho, como el hacer uso de una facultad o de un poder más allá de lo que resulta lícito por la naturaleza del asunto o la costumbre, o el hacer dicho uso con fines distintos de los autorizados por el ordenamiento jurídico, y de una forma consciente o inconsciente conseguir u obtener beneficios. Este trabajo investigativo se centra en el análisis legal, doctrinario y casuístico del abuso del derecho o de un derecho para comprender su importancia en el quehacer de la administración de justicia. Se recurre a puntos de vista filosóficos e históricos, pero también a cuestiones de rigurosidad jurídica, buscando el apoyo en fallos jurisprudenciales nacionales y extranjeros. Se analiza el abuso del derecho como figura jurídica que ha sido ilegítimamente practicada y en forma frecuente, pero que no ha merecido un detenido estudio, menos aún una sanción correspondiente. Sirve de base para este trabajo investigativo el Derecho Civil y el Código de Procedimiento Civil y, en lo que fueren aplicable, otras leyes conexas. Se tratan temas, a más del indicado, el abuso del proceso, la mala fe y el fraude de la ley procesal.

En la actualidad ha tomado fuerza el tema del abuso del derecho porque se ha manifestado revelador e instructivo.

No es el tema en referencia de fácil planteamiento, ni cualquier lector podrá acceder a él con claridad de entendimiento y comprensión; por ello, es un desafío personal y un reto para todos los operadores de justicia (Magistrados, Jueces, funcionarios judiciales, Abogados), que se involucren en este interesante y subjetivo estudio, para que en el mañana se propugnen soluciones más justas, se aplique correctamente el derecho, haya equidad y equilibrio social, todo lo cual se traducirá en seguridad jurídica, con base a un orden jurídico imperante en una comunidad civilizada y culta.

AGRADECIMIENTO

Dejo constancia de mi sincero agradecimiento al Dr. Santiago Andrade Ubidia, quien con su vasta experiencia jurídica, sus profundos conocimientos en el Derecho y su calidad humana, me guió en la elaboración de la presente tesis.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I

1. Sobre las teorías del abuso del derecho	9
2. Parámetros para la determinación del abuso del derecho	14
3. Naturaleza del abuso del derecho	19
4. Tránsito a la justicia, la equidad, la ley y la razón.	27
5. Interpretación del Art. 599 del Código Civil ecuatoriano	28

CAPITULO II

1. EL ABUSO PROCESAL	29
1.1. La buena fe procesal	30
1.2. La mala fe procesal y el fraude de la ley procesal	33
1.3. Abuso del proceso y abuso en el proceso	43
1.4. La posición del juez ante el abuso procesal	46
2. EL ABUSO DE LAS PARTES DENTRO DEL PROCESO	
2.1. En el proceso de providencias preventivas	50
2.2. En los procesos de ejecución	
➤ Juicio ejecutivo	57
➤ Juicio en el que se aplica la ley de compraventa con reserva de dominio.	59

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	61
--------------------------------	----

BIBLIOGRAFÍA	65
--------------	----

ANEXOS	66
--------	----

INTRODUCCIÓN

La teoría del abuso del derecho, desde tiempos antiguos y hasta la actualidad, ha apasionado a los juristas de la época quienes han plasmado sus posiciones doctrinarias.

Esta teoría pretende tener influencia en los valores, entendidos éstos como las bases en la vida del derecho. Además, no solo le es específica en el ámbito civil, sino que también se da en otras ramas del derecho.

Para unos autores, las personas que abusan de esta institución debe ser por desviar su derecho subjetivo; para otros, consideran que se debe desterrar esta teoría pues la misma atentaría contra la seguridad jurídica.

En los últimos tiempos esta institución ha merecido la atención y profundización por parte de los estudiosos del derecho, logrando ser parte de la doctrina y de los sistemas legislativos.

A decir de varios tratadistas, se hace necesario entender jurídicamente el abuso del derecho, por que tiene gran incidencia social ya que se vería robustecido el conglomerado humano de una comunidad, como por ejemplo al generar mayor seguridad jurídica; por todo ello, es un principio general del derecho.

La seguridad jurídica exige la positividad del derecho, si no puede fijarse lo que es justo se debe establecer lo que es jurídico; es en este momento que la justicia se constituye en un valor jurídico superior al orden y a la seguridad, pero éstos al mismo tiempo se constituyen en valores previos en relación a aquella.

Como han manifestado los tratadistas el ejercicio del derecho privativo que uno tiene termina en el derecho que a otro le corresponde, cuestión moralista ética y subjetiva que impone a toda persona natural a respetar no solamente el derecho ajeno sino la propia facultad que el derecho le concede para ejercitar una acción.

Se analizará también la indebida conducta procesal imputable a los litigantes y a los profesionales del derecho para, pretendiendo ejercer un derecho o facultad, dilatar indebidamente o entorpecer la normal prosecución de los juicios.

Parte de este trabajo investigativo será también el de consignar casos en los que se haya evidenciado el abuso del derecho o el fraude a la ley; así como, la posición que los jueces o magistrados han tomado al respecto, mediante resoluciones dictadas.

CAPITULO I

1. SOBRE LAS TEORÍAS DEL ABUSO DEL DERECHO.

La teoría del abuso del derecho es tan antigua que sobre ella, se ha dicho, “...reposa toda la evolución del Derecho Romano, yendo del derecho estricto hasta la equidad”; es decir, desde las XII Tablas hasta la afirmación de Paulo: “Non omne quod licet honestum est” (No todo lo que es lícito es también honesto, a saber, no podemos hacer todo lo que nos da la gana)”¹

En el derecho romano Gayo decía: “male enim nostro jure uti non debemos (no tenemos que usar mal de nuestro derecho), para justificar la interdicción de los pródigos y la prohibición a los dueños de maltratar a sus esclavos.

Desde el derecho romano, pasando por la edad media y por las reglas de restricción al uso y al ejercicio de los derechos, principalmente el de propiedad consagrados en los derechos canónico y musulmán, la doctrina civilista ha elaborado varias teorías acerca del abuso del derecho, las que han sido aceptadas y rebatidas por los estudiosos hasta la actualidad por ello no hay uniformidad ni aceptación total a ellas; sin embargo, su vigencia se mantiene y prueba de ello es que los Tribunales de Justicia ya lo mencionan.

En lo que se refiere a la caracterización hay criterios opuestos sobre la concepción subjetiva y objetiva del abuso del derecho. Frente a estas posiciones antagónicas y como consecuencia de la diversidad de opiniones subjetivas y objetivas, aparece una mixta mediante la cual se las puede entrelazar para ser aplicadas a ciertos hechos y según las circunstancias que los rodean.

Josserand es el más alto exponente de esta teoría y que en su época manifestó:

Los derechos tienen una misión social que cumplir, contra la cual no pueden revelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que

¹ Charles Appleton, citado por Lino Rodríguez, *El Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1971, p. 13.

ésta los desborda al mismo tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su espíritu, del cual no podrían separarse. Si pueden ser utilizados, no es en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar: no pueden ser legitimados sin más, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un acto legítimo (...) no podrían ser puestos en ningún caso al servicio de la malicia, de la mala fe, de la voluntad de perjudicar al prójimo, no pueden servir para realizar la injusticia; no pueden ser apartados de su vía regular; de hacerlo así, sus titulares no los ejercerían verdaderamente, sino que *abusarían de ellos*, cometerían una irregularidad: un abuso de derechos de que serían responsables con relación a las víctimas posibles”².

El pensamiento de Joserand contiene un criterio esencialmente subjetivo por lo que sostiene que el sujeto activo está obligado a la reparación del daño que ha causado, pues obteniendo un beneficio su proceder es abusivo y debe ser sancionado.

Dentro de este criterio sobre esta teoría, existen diferencias, por cuanto hay personas que ejerciendo su derecho tienen la intención de causar daño a otra, con el fin de beneficiarse.

Otra teoría está basada en el criterio de la culpa, que según el cual el titular perjudica a otro con dolo o negligencia, está obligado a reparar el daño; existiera culpa delictuosa si actuó con intención maligna; y, habrá culpa cuasi delictual si existió negligencia o imprudencia.

A decir de Fleitas

...esta nueva forma de encarar la teoría surgió en Francia, como una necesidad de encuadrar la figura del abuso de los derechos dentro de los cánones del derecho positivo vigente, ampliando para ello el concepto de culpa de los artículos 1382 y 1383 del código civil francés. Pero a poco que se indague, puede observarse que a

² Luis Joserand, *Derecho Civil*, Buenos Aires, 1959, p. 154, citado por Miryam Balestro y otros, *Abuso Procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 136-137.

la postre la teoría de la culpa significa ni más ni menos que restarle personería propia a la teoría del abuso de los derechos, al confundírsela con el acto ilícito.³

Una nueva teoría propugna que el abuso del derecho es la violación de un deber jurídico el que encuentra su fundamento en una expresa cláusula general adoptada por algunos cuerpos legales civiles, o en principios generales del derecho como el de la buena fe, el de lealtad procesal, el de la verdad o el de las buenas costumbres, todos estos inspirados en el valor de la solidaridad social. El actuar contra ese referido genérico deber jurídico constituye el inicio de un ilícito civil con características especiales como las siguientes:

1.- No puede ser considerada lícita ni vista como un exceso de un derecho subjetivo, ya que altera un deber jurídico subjetivo patrimonial. Esta conducta abusiva por ser atentatoria a un principio general del derecho se convierte en acto ilícito de especialísimas características.

La doctrina contemporánea, Alpa y Bessone, señalan que existen variadas posiciones a su configuración y señalan las siguientes: “a) lesión de un derecho subjetivo perfecto; b) violación de deberes generales de corrección social; c) acción tal de poner en peligro los bienes tutelados por el ordenamiento; d) lesión de una situación jurídica subjetiva, y e) lesión de un interés digno de tutela”.⁴

A decir de Fernández Sessarego, “La última de todas las disposiciones antes enumeradas es aquella que, a nuestro parecer, resulta adecuada y convincente para los propósitos de una más amplia y eficaz tutela de la persona y de sus bienes”.⁵

Sin embargo, considero que todas las posiciones enunciadas por Alpa y Bessone vienen a formar una unidad absoluta o un todo indivisible que brinda amparo y protección a los

³ Fleitas, Abel M., *El abuso del derecho en la reforma del código civil argentino*, Buenos Aires, 1994, p. 34, citado por Epifanio Condorelli, *El Abuso del Derecho*, La Plata, Editora Platense, 1971, pp. 21-22.

⁴ Alpa – Bessone, *Tratado de Derecho Privado*, Vol. 14, t. VI, p. 89, citado por Carlos Fernández, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p.152.

⁵ Carlos Fernández, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p.152.

bienes patrimoniales y extrapatrimoniales de una persona natural o jurídica, nacional o extranjera.

2.- Al lesionarse un deber jurídico en perjuicio de un interés ajeno, sin respaldo legal por parte del sujeto activo del abusador del derecho, se está frente a una conducta ilícita en razón de su principio u origen y de su finalidad o destinatario.

Ante una ausencia de norma expresa se debe aclarar la inquietud de cuándo una conducta es permitida, o cuándo esa conducta humana no es permitida o prohibida. Y ante la falta de norma que ayude a dilucidar esta duda se deberá aplicar el axioma jurídico por el cual en principio la conducta no prohibida se la considera permitida siempre y cuando no vulnere al ordenamiento positivo ni afecte sus fines éticos y jurídicos.

3.- En el convivir de la sociedad se hace necesario la presencia del derecho porque permite su sana convivencia y la equilibra, el mismo garantiza en comunidad el normal desenvolvimiento de los aspectos culturales hasta los económicos. Cuando en esta dimensión sociológica-existencial aparece la conducta humana ilícita del abuso del derecho, se la debe distinguir de otras conductas ilícitas dolosas o culposas.

Al respecto Fernández Sessarego hace una distinción entre lo que constituye un acto ilícito por el cual procede la responsabilidad civil, y lo que implica el abuso del derecho como un acto ilícito sui generis:

- a) El acto abusivo reconoce su origen en la existencia de un específico derecho subjetivo, en cuyo ejercicio, o mediante su omisión, se llega a incumplir un genérico deber jurídico como es el de no agraviar un interés ajeno mediante la actuación irregular o antisocial del derecho subjetivo. Es decir, que en el origen mismo del ilícito sui generis se encuentra siempre un acto lícito, un definido derecho subjetivo. El ilícito sui generis deviene en la consecuencia de la actuación de un derecho que se transforma en ilícito en el momento mismo en

que se transgrede el genérico deber de no lesionar un interés ajeno. Esta particularidad no se presenta, como condición sine qua non, en ningún otro acto ilícito... Dicha ilicitud resulta así específica en cuanto a su peculiar origen, lo que la hace distinta e inconfundible con la otra, es decir, “con la ilicitud del delito civil.”

- b) La diferencia no se reduce, sin dejar de ser importante, al origen lícito que es propio del abuso del derecho. Cabe también señalar, como nota diferenciadora, el que a través del acto abusivo no se lesiona un preexistente derecho subjetivo. Lo que se agravia es un interés patrimonial que carece, por ser solo tal, de una específica protección normativa. Sin embargo, como se ha apreciado, esta desprotección es solo aparente en la medida que dicho interés puede ser pretorianamente tutelado a través de un genérico deber jurídico alojado en un principio general del derecho. O, en defecto de una específica cláusula general, la tutela se sustenta en los principios generales del derecho, como la buena fe o las buenas costumbres, ambas de raíz moral.⁶

De lo transcrito se puede determinar que el abuso del derecho tiene autonomía propia no siendo posible ligarlo a un hecho de responsabilidad civil extracontractual.

4.- Los intereses y derechos de la persona gozan de la absoluta protección legal pues los mismos dicen relación a su dignidad y que la jurisprudencia, bajo la influencia de la vida humana social, ha ido incorporando los derechos subjetivos del ser humano según el transcurso de las épocas, sin descuidar la protección o tutela jurídica de otros intereses personales no catalogados como derechos subjetivos, es decir, los de naturaleza patrimonial. Estos derechos fundamentales o subjetivos no son disponibles o renunciables.

⁶ Carlos Fernández, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 159-160.

Nuestra Constitución Política de la República en sus Arts. 1 y 23, sin perjuicio de los derechos establecidos en la misma y en instrumentos internacionales vigentes de los cuales el Ecuador es suscriptor y parte, garantiza a las personas todos los derechos que se derivan de su dignidad, del estado social de derecho, democrático, pluricultural y multiétnico; protegiendo el derecho a la vida, a la integridad personal, a la igualdad ante la ley, a la libertad, al derecho a desarrollar libremente su personalidad, al derecho a la honra, a la intimidad personal y familiar, a la libertad de conciencia al derecho a la identidad, etc.

2. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO.

POSICIÓN SUBJETIVISTA.

Esta posición se ampara en decisiones jurisprudenciales, en especial las dictadas por tribunales franceses. La primera dictada por el Tribunal de Colmar el 02 de mayo de 1855.⁷ En esa decisión declara que el derecho de propiedad de algún modo es absoluto, el propietario usa y abusa de la cosa, pero el ejercicio de este derecho debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo. Esta sentencia refería a que el propietario de una casa edificó sobre la misma una chimenea falsa, voluminosa e inútil, frente a la venta de su vecino, para quitarle la luz natural y causarle un perjuicio. Si bien esta acción constituía un derecho subjetivo reconocido, en su actuación carecía de un interés serio y legítimo, a más de no producir ningún beneficio a su titular. El Tribunal ordenó la demolición y dejó a salvo el derecho del perjudicado a reclamar resarcimiento.

Este fallo reconoce el límite absoluto de la posición individualista de la época, siendo el mismo la satisfacción de un interés serio y legítimo.

La otra sentencia es la dictada por el Tribunal de Lyon en 1856,⁸ por la que sancionó al propietario que instaló una bomba en el subsuelo de su predio para succionar el agua de una fuente sin que realmente lo necesitara y así impedir al vecino el acceso a la misma,

⁷ Carlos Fernández, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 109-111.

⁸ Carlos Fernández, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 111-112.

dejándola perder en un río. La Corte sostuvo que el derecho de propiedad encuentra un límite en la obligación de permitir al vecino disfrutar de su heredad, de esta manera limitó el derecho de propiedad.

Según esta concepción el abuso del derecho radica en perjudicar a otro sin obtener beneficio; por tanto, los elementos constitutivos de tal conducta son: la intención de perjudicar; la acción es culposa o negligente; e, inexistencia de un interés serio y legítimo para el que abusa del derecho. Estos elementos conlleva a la ruptura de equilibrio de intereses.

Otra crítica fue la de la doctrina francesa que manifestaba que para caracterizar el acto abusivo bastaba la conducta negligente del agente activo; sin embargo, a criterio de Fernández Sessarego, ni la intencionalidad ni la culpa son esenciales para la configuración del abuso del derecho, “Ello es de todo insuficiente, desde que, al refundirse la teoría del abuso en la de la culpa, quedaría “en buena medida esterilizada”.⁹

Citando a Ángel Gustavo Cornejo, Fernández Sessarego manifiesta que si la teoría del abuso del derecho se hubiera detenido en la imprecisión de la intencionalidad, la justicia se habría estancado ya que no habría persona que reconozca que tuvo el propósito de dañar a otra.

Por otro lado, los jueces podrían concebir fallos contradictorios al juzgar sobre la subjetividad de la intencionalidad del sujeto.

La intencionalidad y la acción culposa o negligente asimilan el acto abusivo que se traduce en un ilícito sui generis, con el genérico acto ilícito.

Una tercera crítica estima que el elemento del ejercicio abusivo es la falta de un interés legítimo del agente, por consiguiente ausencia de dolo y culpa.

⁹ Borda, *Tratado*, Parte General, t. I, p. 44, citado por Carlos Fernández, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 126.

En síntesis, la dificultad de la prueba dejaría sin protección a los perjudicados, y la limitación del abuso a sólo los casos concretos de intencionalidad de la acción o de la falta de un interés serio y legítimo por parte del ejecutante, determinan que esta concepción subjetivista sea vulnerable e insuficiente para describir los alcances del abuso del derecho.

CONCEPCIÓN OBJETIVA.

Algunos tratadistas¹⁰ la califican como finalista o funcional según la cual no se definiría por la intención de perjudicar de parte del titular del derecho, por la presencia de la culpa o la ausencia de un interés serio y legítimo, sino por el claro ejercicio anormal de un derecho subjetivo. No se investigaría la intencionalidad o la ausencia de un interés serio y legítimo o el beneficio personal, sino que se aplicaría un criterio objetivo cual es la finalidad socio-económica de un derecho; dicho en otras palabras, habría abuso del derecho cuando por medio de éste se altera o contraría los fines sociales y económicos que inspiraron la ley que lo contiene.

Los tratadistas vinculan el ejercicio abusivo con la transgresión, ya sea del principio de la buena fe como el de la moral o de las buenas costumbres.

Para Dabin, existe una legitimidad distinta de la “legitimidad jurídica”. Ella es la “legitimidad moral”. Sólo en este último plano es posible mantener la idea del abuso del derecho. Es en él donde encuentra “su justificación y su criterio distintivo”, por lo que “la teoría del abuso representa el correctivo de moralidad que postula la legalidad”... los deberes morales que interesan son aquellos que se refieren a los deberes para con los demás y no los deberes para consigo mismo. En este mismo sentido Borda considera que “el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo” para dilucidar el problema del abuso del derecho.¹¹

SOLUCIÓN MIXTA O ECLÉCTICA.

¹⁰ Carlos Fernández, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 129-131.

¹¹ Carlos Fernández, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 131.

Se halla representada por Josserand, entre otros, quien sostiene que los criterios subjetivo y objetivo no se contraponen, al contrario se complementan y la gravitación de uno de ellos depende del punto de vista que se adopte en cada caso en consideración a la desviación del derecho de su función social.

Josserand señala otros criterios complementarios para la configuración del abuso del derecho, como los siguientes: la intención de dañar, que es su elemento subjetivo; la culpa en la ejecución, que significa la presencia de una nota de carácter técnico; y, la falta de interés serio y legítimo, que supone la existencia de un factor económico.

Para caracterizar el acto abusivo se refirió al criterio funcional o finalista que conjuga la desviación del derecho de su concreta función social, en cuanto elemento objetivo, con el motivo ilegítimo del agente, el que configura el factor de carácter subjetivo, al puntualizar que “cada uno de ellos tiene una misión propia que cumplir, lo que lleva a decir que cada uno de ellos debe realizarse conforme el espíritu de la institución”.¹²

Respecto al elemento subjetivo Josserand dice que el:

Criterio finalista deducido del objeto, del espíritu de los derechos presenta, como se le ha reprochado pero en una menor medida un carácter abstracto y huidizo que podría ocasionar serias dificultades de aplicación si no fuera afortunadamente concretado gracias a la utilización del *motivo legítimo* que constituye su expresión sensible y su configuración...así como se ha notado, es necesario ver en este concepto el criterio personal y especializado de este criterio universal y aún abstracto que es dado por el destino social de los diferentes derechos, o más exactamente, se le debe considerar como la exteriorización de este criterio abstracto, como su representación necesaria e infalible, su modo de revelación para

¹² Josserand Louis, *Del Abuso del Derecho y Otros Ensayos*, y, *De l' esprit des droits et de leur relativité*, citado por Carlos Fernández, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 133.

cada prerrogativa y con ocasión de cada acto cumplido por el titular: el acto será normal o abusivo según que él se explique o no por un motivo legítimo que constituye así la verdadera piedra de toque de toda la teoría del abuso de los derechos y como su precipitado visible... estamos obligados a poner nuestras facultades al servicio de un motivo adecuado a su espíritu y a su misión.¹³

Dice Fernández Sessarego que el criterio fundamental para caracterizar el acto abusivo es el que recurre a la moral social que, jurídicamente, se traduce en el valor solidaridad. Lo antisocial, lo anormal, lo irregular, es la contraposición a la solidaridad cuyo origen es moral y se manifiesta en los principios de la buena fe y las buenas costumbres.

Lo irregular es lo ilícito, lo prohibido, lo no permitido de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

Esta posición ecléctica combina los dos criterios expuestos, y, en algunos casos, requiere de la intencionalidad o negligencia para calificar el acto como abusivo, pero en otros supuestos la sola violación de los fines establecidos por la ley, la moral y las buenas costumbres resulta suficiente para la persecución del acto contrario.

El Art. 1071 del Código Civil Argentino recoge la combinación de criterios y si bien adopta el criterio finalista se involucran con los principios éticos morales, la buena fe y las buenas costumbres. No exige que la conducta del titular del derecho sea dolosa o culposa, intencional o negligente. Tal artículo dice:

El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraría los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites expuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

¹³ Carlos Fernández, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 133.

Para Borda, citado por Fernández Sessarego, el juez debe considerar las siguientes situaciones para establecer la presencia o no de un ejercicio abusivo de un derecho:

- 1) La intención de dañar; 2) La ausencia de interés; 3) Si se ha elegido, entre varias maneras de ejercer el derecho, aquella que es dañosa para otros; 4) Si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo; 5) Si la conducta o manera de actuar es contraria a las buenas costumbres; 6) Si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca.¹⁴

A lo transcrito Fernández Sessarego añade que el juzgador tendrá en cuenta si la conducta del agente no se ajusta con la finalidad económico-social del derecho que la ley le concede.

3. NATURALEZA DEL ABUSO DEL DERECHO.

Al estudio, análisis y comprensión del tema a tratar en este número colabora lo expuesto en el tema anterior, por lo que habrá que remitirse a tal investigación obligatoriamente. Además, me referiré también a los siguientes puntos jurídicos que ayudarán a una mejor y mayor comprensión de la naturaleza del abuso del derecho.

Se discute la vinculación del abuso del derecho con el acto ilícito, confundiendo la ilicitud con la imputabilidad como lo concebía el derecho francés al unir el elemento objetivo ilicitud con el subjetivo de imputabilidad o culpabilidad. La ilicitud sería la acción contraria a la permitida por la ley. Pero paralelamente a estas prohibiciones concretas están las generales que no han sido descritas específicamente, como aquella conducta por la cual se actúa abusivamente un derecho subjetivo del que es titular, violentando el interés de otros.

Al respecto Dabin, citado por Fernández Sessarego, dice:

¹⁴ Borda, *Tratado*, Parte General, t. I, p. 50, citado por Carlos Fernández, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 135-136.

...el “abuso” en sentido técnico desaparece cuando el legislador sólo concede un derecho con la reserva de que se use de un modo determinado “no abusivo”, el mismo que corresponde apreciar al juez. Si el titular del derecho lo ejercita en las condiciones prohibidas, ello “colocaría a su titular fuera de su derecho legal”. Si esta situación se da frente a un derecho especial, ella evidentemente cambia cuando el legislador consagra la teoría del abuso introduciendo en el ordenamiento un principio general de condena que “rige el ejercicio de todo o parte de los derechos”.¹⁵

Según lo transcrito se presenta en el derecho una separación de las conductas subjetivas: los actos están prohibidos por el ordenamiento jurídico y son ilícitos, o son permitidos y pasan a ser lícitos. “Cossio señala que el prius (antes, primero, que denota prioridad de tiempo, lugar o preferencia) del derecho es la libertad ontológica del ser humano que le permite realizarse con total libertad para de esta manera cumplir su personal e intransferible proyecto de vida”.¹⁶

Este “axioma ontológico de la libertad” se traduce en “lo que no está prohibido está permitido”.

Frente a esta corriente doctrinaria tradicional hace presencia en forma intermedia entre las conductas lícitas e ilícitas aquella que define al abuso del derecho como un acto ilícito sui generis.

Espín Cánovas respaldado por la opinión de Mazeaud, dice: “que la teoría del abuso ha servido para poner de relieve que puede exigirse la responsabilidad civil no sólo al que

¹⁵ Dabin, *El Derecho Subjetivo*, pp. 338-339, citado por Carlos Fernández, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 136-137.

¹⁶ Carlos Cossio, *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, p. 403, citado por Carlos Fernández, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 137.

actúa al margen de todo derecho, sino también al que causa daño con ocasión del ejercicio de un derecho del que es titular”.¹⁷

A decir de Fernández Sessarego, el acto abusivo es un acto ilícito por el que a través de una conducta antisocial u omisión igual se violenta un genérico deber jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico que se encuentra vigente en todas las situaciones jurídicas subjetivas de índole patrimonial; por lo que, la ilicitud de la conducta abusiva es única o sui generis y por tanto se distancia de las reglas de la responsabilidad para llegar a ser una autónoma figura jurídica.

Sin embargo frente a esta posición doctrinaria de la identificación del abuso del derecho con el acto ilícito se hace presente la posición de Condorelli que lo ubica al abuso del derecho en un punto medio entre las conductas lícitas y expresamente ilícitas, al decir: “Si como se sabe, en cualquier ordenamiento jurídico no se conocen más que dos categorías de actos –o sea los permitidos o lícitos y los ilícitos-, es obvio que los actos abusivos constituyen un tertium genus, por cuanto intrínsecamente son actos lícitos, pero susceptibles de que se les aplique una sanción”.¹⁸

La locución latina “tertium genus” aludida por Condorelli significa: “Tercer género. Denominación que se aplica para caracterizar una posición distinta entre dos clérigos, y al parecer irreductibles o únicas”.¹⁹

Esta posición traza una línea intermedia formada por conductas que permitidas por el derecho merece la censura por parte de la conciencia social porque atenta la armonía de la vida social. De allí que el juzgador a de recurrir a los criterios que le ofrece la ley, la doctrina y la jurisprudencia para determinar, en un caso concreto, la asistencia o no de un

¹⁷ Espín Cánovas, *Manuel de derecho civil*, Vol. I, p. 580, citado por Carlos Fernández, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 139.

¹⁸ Epifanio Condorelli, *El Abuso del Derecho*, La Plata, Editorial Platense, 1971, p. 147.

¹⁹ Guillermo Cabanellas, *Repertorio Jurídico de Principios General del Derecho, Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1992, p. 340.

acto abusivo. La ley no ampara lo que no merece tutela o protección jurídica; ampara lo permitido y lícito, no lo prohibido e ilícito.

Para adentrarnos en la naturaleza misma del abuso del derecho, como principio que prohíbe lesionar un interés ajeno no protegido por un concreto derecho subjetivo, se hace necesario comprender que el quid de la figura se desenvuelve en una dimensión social generadora de experiencias jurídicas, por lo cual se supera la visión individualista del abuso del derecho que la concebía como un exceso en el ejercicio de un derecho subjetivo o como una específica intención de causar daño o como la desviación del derecho de su señalada finalidad socio-económica o como la conducta anormal del derecho subjetivo.

La figura jurídica inmersa en esa dimensión social extiende el límite de lo lícito para penetrar en el campo de lo ilícito por haberse violentado una específica norma de convivencia social o un principio general del derecho en el que convive el genérico deber de no lesionar intereses ajenos con el ejercicio o no de un derecho. Esto constituye una conducta ilícita sui generis y el abuso del derecho se torna autónomo superando la esfera de la responsabilidad e introducirse en la teoría general del derecho.

Toda conducta manifestada como un ejercicio de un derecho es lícita, por que la ley la faculta; sin embargo, por el ejercicio abusivo del derecho tal conducta se torna irregular y antisocial de un derecho subjetivo en posibilidad de causar daño por colisionar con un interés ajeno. Dicho en otras palabras, esta conducta humana es contraria a la moral social, por no ser admitida y por tanto deja de ser un derecho.

Es de anotar que esta conducta lesionadora de un deber genérico de respeto al interés de los demás, genera solidaridad social que se aprecia en forma decisiva a través de los deberes que de los derechos. Lo contrario implicaría atacar principios generales del derecho, como la buena fe y las buenas costumbres en los que se sostiene aquel valor de solidaridad social. El atropello de la norma lo ubica al acto lícito en ilícito, por antisocial e inhumano,

pues implica una arbitrariedad sobre un genérico deber jurídico. También los casos de omisión o de no uso de un derecho subjetivo que cause daño a un interés ajeno constituye abuso del derecho.

Ese deber genérico de no ejercer antisocialmente un derecho está contenido en cláusulas o principios generales del derecho en algunos ordenamientos jurídicos, mas no en forma específica en nuestro sistema jurídico, y su violación lo vuelve en conducta prohibida por la ley.

Este acto arbitrario es consecuencia de una conducta ilícita, lo que normalmente derivaría en un caso de responsabilidad tradicional (culpa aquiliana, sinónimo de culpa extracontractual o cuasidelictual) en la que se obra sin derecho y se transgrede un diferente deber genérico (dañando o perjudicando a otro).

Para comprender el abuso del derecho a partir de la “situación jurídica objetiva” debemos entender a ésta

...en tanto conjunto de derechos y deberes propios de un determinado status del sujeto en relación, de conformidad con las atribuciones que emanan del ordenamiento jurídico positivo. Dentro de una situación jurídica subjetiva, activa o de poder, encontramos de manera preeminente, como está dicho, la presencia de un derecho subjetivo pero, al lado de él, a manera de límite, hallamos un conjunto de deberes jurídicos que le son inherentes.

De aquellos deberes, algunos son exclusivos y propios de cada específico derecho subjetivo. A su lado coexisten otros, ya no de carácter particular y circunscripto a un determinado derecho subjetivo, sino más bien de naturaleza genérica, que comprenden y abarcan a todos los derechos, los que surgen de los principios o cláusulas generales del derecho. A esta categoría pertenece, precisamente, el principio denominado “abuso del derecho”. Existente otros principios que reúnen

también estas características como son los de la buena fe, las buenas costumbres o del orden público...Todos estos principios, si bien encuadrados dentro de los valores de justicia y seguridad, responden de modo prevaleciente al valor solidaridad, cuya raíz última la encontramos en la moral social.²⁰

A falta de cláusulas prohibitivas del abuso del derecho el juez obligatoriamente deberá ir al derecho considerado en su conjunto, buscando los soportes jurídicos necesarios para condenarlo porque

...el juez afronta el problema de “determinar si cabe sancionar la responsabilidad del titular de un derecho subjetivo, quien ejercitándolo dentro de los límites que una norma le impone, ha ocasionado perjuicios a un tercero cuya reparación no es exigida por la ley directamente ni por la aplicación de los principios de la culpa y el dolo, pero lo exigen la conciencia jurídica colectiva, la equidad, la solidaridad social, el derecho en su sentido ideal, la moral en su acepción lata”.²¹

Con fundamento al criterio transcrito de Warat se ha elaborado jurisprudencia que condena al abuso del derecho como conducta antisocial, amparándose en el cardinal principio general del derecho de la buena fe, a más de otros como el de la equidad o de las buenas costumbres, de sólida raigambre moral.

Fernández Sessarego señala que, además de los principios referidos, el juzgador utiliza otros conocidos como “arquetipos de conducta” o “estándares jurídicos” cuyo soporte es la buena fe, las buenas costumbres y el orden público, a los que se someten los miembros de una sociedad para conseguir una convivencia social, económica y cultural equilibrada, para conseguir la justicia, la solidaridad y la seguridad, pilares de la paz.

²⁰ Carlos Fernández, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 149-150.

²¹ Warat, *Abuso del Derecho y Lagunas de la Ley*, p. 39, citado por Carlos Fernández, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 171.

En cuanto a las libertades esenciales del individuo, garantizadas por las constituciones políticas de los Estados democráticos, éstas pueden ser vulneradas por el ejercicio abusivo de un derecho en perjuicio de un tercero o de la sociedad.

Por último, es indispensable hacer una distinción entre el abuso del derecho y el fraude a la ley.

Algunos tratadistas advierten una analogía entre estas figuras jurídicas que tiene como origen actos aparentemente ejecutados de acuerdo con la ley; sin embargo, a través del fraude a la ley, por intermedio de actos o contratos permitidos por el ordenamiento jurídico se pretende burlar la ley y eludir su espíritu.

Según Lino Rodríguez - Arias Bustamante se quiere llevar a confusión respecto a las teorías del abuso del derecho y del fraude a la ley al decir que hay autores para los cuales el abuso del derecho, sobre todo, lesiona intereses privados, mientras que el fraude a la ley perjudica al interés social. Pero el autor señala que la teoría del abuso participa de esos intereses lo que permite calificar el acto de abusivo.

Para otros autores el abuso del derecho es el género de los actos ilícitos, en tanto que el fraude a la ley es una especie de este género que se caracteriza por la manipulación dada por el sujeto activo,

...pues si éstas se realizan por combinaciones ingeniosas, aquél sigue una vía directa y menos disimulada, posición que impone, en primer término, dilucidar si el acto abusivo es, naturalmente, acto ilícito, y después, que es muy discutible la diferenciación... Podríamos sostener que nos hallamos en presencia del abuso del derecho, cuando se produce una violación inmediata de un derecho subjetivo ajeno; y del fraude a la ley, si se ocasiona una violación de otras normas legales en perjuicio, sobre todo, del Estado como organismo fiscal; por excepción, en el fraude de acreedores, la violación inmediata -como siempre- es de la ley, pero de

manera inmediatas perjudica a terceras personas. El fraude es un artificio por el cual un particular busca sustraerse a una obligación legal para alcanzar un resultado prohibido por la ley.²²

Considero que las dos figuras o teorías tienen autonomía propia, son *sui generis*, aunque tenga cierta similitud.

Para Rodríguez Grez por cometerse fraude a la ley pierden validez jurídica los actos, no afectados por vicios de nulidad, en virtud de que el fin es contrario a derecho, pues la intención inmediata es perjudicar a un tercero, en razón de que “Es elocuente observar que en este supuesto la ley que priva de validez a los diversos actos no se plantea individualmente respecto de cada uno de ellos. Todos los actos se integran, como si se tratara de uno solo, con el fin de sancionar el efecto que, en conjunto, ellos procuran alcanzar”.²³

Para Rengifo²⁴ el fraude a la ley presupone además de una norma permisiva, otra que confiere poder a la gente; es decir, el fraude media un cambio normativo por haberse eludido el sentido de la ley, pero a la vez origina un contrato o acto administrativo que otra ley lo expresa. En el abuso del derecho basta su ejercicio anormal para que pueda ser considerado.

Atienza señala:

En el abuso del derecho el elemento del daño tiene un carácter directo, en el sentido de que el daño se produce al realizar, sin más, lo permitido por una regla regulativa (p. ej., al extraer arena de una playa, se daña una instalación). En el caso del fraude y de la desviación de poder el daño tiene carácter indirecto o mediato: se produce

²² Lino Rodríguez – Arias Bustamante, *El Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1971, pp. 135-136.

²³ Pablo Rodríguez Grez, *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 42.

²⁴ Ernesto Rengifo García, *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*, Bogotá, Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 67.

porque el resultado del uso de la norma que confiere poder se conecta convencional o causalmente con un estado de cosas ulterior; la producción del daño, en definitiva, requiere la producción de un resultado institucional o cambio normativo: un contrato, un acto administrativo, una ley. Cuando a una acción que puede ser calificada simultáneamente de abusiva y de fraudulenta la calificamos como abusiva, hacemos abstracción de esa mediación institucional; que es, por el contrario, lo que destacamos cuando la calificamos como fraudulenta.²⁵

4. TRANSGRESIÓN A LA JUSTICIA, LA EQUIDAD, LA LEY Y LA RAZÓN.

La justicia es un criterio de valoración y un valor que se realiza por medio del derecho. Pero al hacerse un ejercicio abusivo del derecho o, más aún, el actuar con fraude a la ley, sin lugar a duda se atenta a los ideales de justicia, a la ley, a la equidad y la razón. Todo ordenamiento jurídico que contengan o no normas o cláusulas para impedir estas figuras jurídicas tienden a regularizar el convivir social dando a cada quien lo que le corresponde. El derecho encuentra su razón en el hombre y en la confianza que éste deposita en la justicia.

El Estado requiere de una correcta y eficaz administración de justicia, pero también exige de sus gobernados el sometimiento al ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos, bienes jurídicos e intereses de cualquier orden; de allí que, sanciona a las personas que han cometido fraude a la ley o que han hecho un ejercicio abusivo de un derecho.

Hay que recalcar que debemos mantener un comportamiento social basado en la buena fe, la moral y las buenas costumbres, ya que este comportamiento a más de ser honesto y

²⁵ Manuel Atienza y otro, *Ilícitos Atípicos*, Madrid, Edit. Trotta, 2000, pp. 34-35., citado por Ernesto Rengifo, *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 67.

civilizado permite el progreso y desarrollo social, cultural y económico del Estado; y esta actitud positiva permite que se exija a ese Estado el cumplimiento de sus fines.

5. INTERPRETACIÓN DEL ART. 599 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO.

No son muchos los códigos civiles que han incorporado el abuso del derecho. En el caso de nuestro país no se lo llega a contemplar en forma precisa, sino que, como señala Emilio Romero Jouvin:

Sin embargo, quizá con una interpretación lo suficientemente *social* del artículo que define el derecho de dominio o propiedad podría llegarse a concluir que la teoría estaría tácitamente consagrada en nuestro código civil.

El antiguo artículo 622 del código establecía: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”.²⁶

Este autor se refiere al artículo 622 del Código Civil que estuvo vigente hasta antes de las reformas a dicho cuerpo legal efectuadas mediante Ley 256 de la Comisión Legislativa Permanente, expedida en 1970.

En la actualidad aquel artículo 622 corresponde al artículo 599 del Código Civil, que reza: “El dominio, que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social”.

Nótese que el actual precepto legal ha eliminado la palabra “arbitrariamente” y la frase “no siendo contra ley o contra derecho ajeno”, para reemplazar por la siguiente “y respetando el derecho ajeno, sea individual o social”.

²⁶ Emilio Romero, *El Abuso del Derecho*, Guayaquil, Editorial Edino, 1993, p. 83.

CAPITULO II

1.- EL ABUSO PROCESAL.

En la legislación procesal ecuatoriana no existe un precepto que defina en qué consiste el abuso procesal. Ante esta ausencia normativa obligatorio es recurrir a la doctrina para comprender lo que aquél significa y diremos que ese abuso es utilizado en un procedimiento y se materializa con prácticas procedimentales incorrectas o desviadas de los medios o instrumentos puestos a disposición de las partes y/o de los abogados por el ordenamiento jurídico para llegar al esclarecimiento de la verdad histórica de los hechos y que el juez dicte la resolución haciendo prevalecer el ideal de justicia.

Esta definición tiene una cercanía conceptual con la figura del abuso del derecho, pero, sin lugar a duda, cada una de ellas goza de autonomía propia, según lo investigado en la primera parte de este trabajo y en lo que se analizará en esta segunda parte.

El abuso del proceso hace relación a los derechos reconocidos por la ley a los justiciables en la sustanciación del pleito, sin embargo, las partes hacen uso inapropiado de aquel a través de medios que la ley les confiere para que hagan efectiva la garantía constitucional del derecho a la defensa; desde este punto de vista, sus efectos son más severos que los que puede producir el abuso del derecho, técnicamente concebido.

Antonio Martín Valverde, Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de España, da la siguiente definición: “Ejercicio de los derechos o cumplimiento de los deberes procesales por las partes litigantes de forma incorrecta o con desviación de las finalidades instrumentales para las que tales derechos o deberes son reconocidos en el ordenamiento jurídico”.²⁷

De este concepto se puede manifestar que en sí la figura no requiere de profundos soportes científico-dogmático, sino que pretende enunciar en forma abierta la multiplicidad de

²⁷ Antonio Martín Valverde y otros, *El Abuso del Proceso: Mala Fe y Fraude de la Ley Procesal*, Madrid, Editorial Lerko Print S.A., 2006, pp. 174-175.

métodos arbitrarios e incorrectos, premeditados y mal intencionados, en el decurso de una litis.

En concreto, el elemento subjetivo de esta figura es la conciencia o intención del sujeto procesal de abusar de medios de defensa en perjuicio de la contraparte procesal; es decir, se atenta al principio de la buena fe procesal.

1.1. LA BUENA FE PROCESAL.

A decir de Vércovi, a los ya tradicionales principios procesales, se han incorporado otros que exigen que el comportamiento de los litigantes en una causa, conducta procesal, tenga paralelismo con la moral.

Dice este tratadista:

Desde que se dejó de concebirse el proceso como un duelo privado en el cual el juez era sólo el árbitro y las partes podían utilizar todas las artimañas, argucias y armas contra el adversario para confundirlo, y se proclamó la finalidad pública del propio proceso civil, comienza a reclamarse de los litigantes una conducta adecuada a este fin y a atribuir al juzgador mayores facultades para el fair play.²⁸

En la actualidad el ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia proclaman la obligatoriedad de forjar un proceso y usar los medios, instrumentos y recursos legales para hacer realidad la finalidad lícita del proceso; y en caso de inobservancia a la normatividad y a los principios procesales habrá lugar a sanciones administrativas y judiciales.

La buena fe procesal es un verdadero principio llegándosele a tener como el eje cardinal de todo sistema procesal sano, el mismo que es conocido desde el derecho romano. Ha de entenderse que la buena fe como principio general del derecho contiene los elementos objetivo y subjetivo, el segundo refiérese cuando el ordenamiento jurídico toma a la buena fe como un instrumento de protección de la confianza, y en otras como un modelo de

²⁸ Enrique Vércovi, *Teoría General del Proceso*, Segunda Edición, Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis, 1999, p. 55.

conducta o comportamiento exigible desde el punto de vista ético-social, en este caso nos referimos al primero.

El inciso segundo del Art. 1592 de nuestro Código Civil contiene el elemento subjetivo de la buena fe cuando estatuye: “El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía”, norma esta que protege al deudor.

En el Art. 1562 ibidem contiene el elemento objetivo de la buena fe al prescribir: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”.

En nuestro Código de Procedimiento Civil en el Art. 293 se obliga a los jueces a rechazar los escritos que presenten las partes con la finalidad de entorpecer el curso del juicio o crear incidentes con el mismo fin, a más de imponer una sanción pecuniaria prevista en dicho precepto; y, en caso de reincidencia el abogado patrocinador será suspendido en el ejercicio profesional, al tenor del Art. 13 número 21 de la Ley Orgánica de la Función Judicial.

El Art. 202 de la mencionada ley obliga al juzgador a devolver los escritos injuriosos y sancionar con multa a los abogados que los suscriban, sea que tales injurias se hallen dirigidas contra el juez, otros funcionarios judiciales, la contraparte procesal o a su defensor, independientemente de las acciones penales; y si hubiere reiteración en tal conducta procesal habrá la suspensión del ejercicio profesional del abogado que firma tal escrito.

El Art. 283 del Código de Procedimiento Civil obliga al juez a condenar al pago de costas a la parte que hubiere litigado con temeridad o procedido de mala fe.

Por último, el inciso tercero del Art. 207 de la Constitución Política de la República dispone que la persona que haya litigado temerariamente pagará a quien haya ganado el juicio la tasa judicial que pagó, con excepción para los asuntos de carácter penal, laboral, de alimentos y de menores.

El Art. 285 del Código de Procedimiento Civil señala que el Estado nunca será condenado en costas, pero podrá ser condenado al pago de ellas el Procurador General del Estado o el representante del Ministerio Público que hubiere sostenido el pleito de mala fe o con temeridad notoria.

Las normas invocadas tienden a obligar a los litigantes y a sus defensores para que sus actuaciones en un proceso estén en armonía con los principios de la buena fe y lealtad procesal.

El principio procesal de la buena fe es la fórmula idónea que contiene una fuerte influencia ética-moral en todo ordenamiento jurídico que se respeta de democrático, lo que implica una conquista más en el desarrollo de la civilización.

En los gobiernos dictatoriales ¿prevalecerá ese principio procesal en los juzgamientos? Me inclino a pensar que no, pues en esos gobiernos de facto se eliminan las garantías y los derechos de las personas.

Cabanellas define a la buena fe en “Rectitud, honradez, hombría de bien, buen proceder”. A la probidad como: “Rectitud del ánimo y el proceder. Integridad moral. Hombría de bien. Honradez. Todo ello realza las cualidades morales y profesionales y constituye aureola de jueces y administradores”.²⁹

La buena fe procesal podría definírsele también como una conducta que a toda persona se le exige dentro de un procedimiento judicial o administrativo por ser socialmente aceptada

²⁹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2001, tomos I y VI, pp. 521 y 430.

como justa y correcta, para de esta manera se conjugue los valores éticos de la comunidad con los normativos de un sistema jurídico.

En no muchas ocasiones será la jurisprudencia impartida por los máximos tribunales de justicia la que guíe, dé las pautas o reglas para identificar aquellas conductas lesivas, dañosas o maliciosas, procesalmente entendidas; dicho en otras palabras, en la ley no podrá establecerse tales conductas, por obvias razones. De esta manera se van definiendo las reglas de la buena o mala fe procesal.

Para la comprobación de la buena fe procesal la doctrina y la jurisprudencia indican que se deberá recurrir a los estándares sociales y a valores identificados con la buena fe, esto es: con la honradez, lealtad, respeto, confianza, fama, buen nombre, honor, etc. Pero será en todo caso el juzgador quien resuelva la controversia procesal y califique la conducta asumida por los justiciables en la causa como también la conducta profesional de los defensores.

Por último, en el número 14 del Art. 24 de la Constitución Política de la República también se encuentra el elemento objetivo de la buena fe, como conducta exigible en el proceso, independientemente de la cuestión jurídica de fondo que haya dado origen al litigio. Tal garantía básica que pretende asegurar el debido proceso, sin menoscabo de otras que establezca el Código Político, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia, reza: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la constitución o la ley, no tendrán validez alguna”.

El número 8 del Art. 97 ibidem impone como deber y responsabilidad a todos los ciudadanos: “Decir la verdad...”.

El número 18 del referido artículo impone: “Ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética”.

1.2. LA MALA FE PROCESAL Y EL FRAUDE DE LA LEY PROCESAL.

Al tenor del Art. 192 de la Constitución Política de la República el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia.

Al amparo de la cita constitucional podemos decir que todo proceso judicial o administrativo es el mecanismo que el Estado pone a disposición de las personas para que en forma pacífica resuelvan sus conflictos, impidiendo por tanto la auto tutela o “la justicia por mano propia”. Por esto, el Estado cuida que todo proceso esté encuadrado en su respectivo ordenamiento jurídico, estando prohibido a los litigantes y a sus defensores usarlo desviando su fin para causar perjuicio a la contraparte procesal. De allí que, para que se efectivice la tutela judicial, toda práctica o conducta que contraría la buena fe procesal será encasillada como mala fe procesal que deberá ser calificada por el juez de maliciosa y/o temeraria por poner en riesgo la efectiva tutela judicial. Es decir, cuando el litigante distorsione o evada las normas procesales dificulta la labor del juez en cuanto a administrar justicia y dar solución a los intereses en conflicto.

La conducta procesal maliciosa de un litigante generalmente pretende perjudicar el derecho de defensa de la contraparte.

No solo los litigantes deberán actuar con apego a este principio, sino también cualquier persona que sea parte de una causa ya sea como testigos, peritos, intérpretes, abogados, procuradores o terceristas.

El papel del profesional del derecho es importante en el decurso de un proceso pues él tiene decisión en sus defendidos para que se sometan a las normas de la buena fe procesal, caso contrario la responsabilidad de la conducta procesal recae sobre los justiciables. Es, pues, el abogado en el ejercicio de su profesión el que pone en marcha una serie de actuaciones para el éxito de la defensa; sin embargo, si esas actuaciones no se ajustan a la buena fe será el cliente o parte la que sea sancionada, ya sea con la devolución de sus

petitorios y/o con multa y más costas procesales, obligación que tiene el juzgador para así proceder.

Cuando el profesional del derecho reincide con escritos de sus clientes que contengan frases ofensivas o injuriosas o petitorios cuya finalidad sea dilatar la causa injustificadamente, sólo en estos casos el abogado podrá ser sancionado disciplinariamente con la suspensión temporal o definitiva de la profesión y/o multa.

En consecuencia, el elemento subjetivo de la mala fe procesal está en los litigantes y más intervinientes dentro de un proceso, en tanto que el elemento objetivo radica en las actuaciones en el mismo.

La falta de buena fe ha de entenderse como un ejercicio de los derechos o un cumplimiento de los deberes que violan los compromisos éticos elementales que son requeridos en las relaciones jurídicas. Esa falta de buena fe es la inobservancia de un deber ético que conecta tanto en las relaciones de los litigantes entre sí, como en las relaciones de ellos con los órganos de administración de justicia. La falta de buena fe se vincula con las exigencias de normas de conducta que exige la moral social, mas no tiene conexión a los elementos subjetivos del dolo, la culpa o la intención maliciosa.

La mala fe subjetiva o psicológica consiste en el rompimiento intencional y/o culpable de los deberes éticos o jurídicos; es decir, es un estado de conciencia. La mala fe procesal tiene un acercamiento conceptual a los de deslealtad y temeridad. Por temeridad ha de entenderse como el ejercicio de los derechos procesales por parte de los litigantes que carecen en absoluto de motivación o fundamento jurídico aceptable. Su valoración se centra en las alegaciones o argumentos en los que se apoyan los derechos procesales ejercitados, alegaciones o argumentos que en la conducta de temeridad no se ajustan a los patrones de una práctica procesal que requiere solvencia y decencia.

La temeridad no exige la mala fe o deslealtad frente a la contraparte o frente al órgano jurisdiccional, ésta se hace presente por su incompetencia. La conducta temeraria no excluye la concurrencia de mala fe de quien la ejerce; a contrario sensu, lo normal es que esta conducta sea detectada en esta clase de comportamientos o manifestaciones.

Algunos tratadistas la califican de inconducta procesal porque coloca a la parte contraria en el estado de sufrir una pérdida inútil de tiempo y/o de desplegar una actividad onerosa y superflua. De allí que para evitar la obstrucción maliciosa del normal desenvolvimiento de un proceso los códigos procesales impone a los justiciables y a sus defensores la obligación y el deber de actuar con lealtad, probidad y buena fe, para poner en vigencia siempre el principio de moralidad.

La doctrina y la jurisprudencia han dicho que la malicia procesal aparece con el propósito de obstruir y dilatar un juicio; en tanto que, la temeridad se afina en el conocimiento que tenía o debió tener el justiciable de la falta de razones o motivos para resistir una acción, actuando pretensiones o interponiendo defensas cuya ausencia de fundamento no podía ignorar en atención a las reglas mínimas de raciocinio, no obstante ello abusa de esta manera de la jurisdicción.

El sentido común, a más de la ley, impone su castigo cuando estas conductas se ponen de manifiesto pues las mismas no deben quedar impunes a favor del agente activo, muchas veces con grave perjuicio patrimonial, psicológico y moral para la contraparte, a más de que para el Estado implica desgaste innecesario de recursos materiales y humanos. Esta irregular conducta procesal es la antítesis del derecho.

El fraude de la ley procesal.

El fraude a la ley tiene alguna analogía con el abuso del derecho en cuanto dichas figuras se originan en actos que en apariencia son conforme a la ley. Sin embargo, con el fraude a la ley se pretende conseguir, de forma indirecta, lo que la norma prohíbe hacer

directamente. El fraude a la ley resulta un principio general del derecho que advierte todo un ordenamiento jurídico y que se encuentra vinculado con otros principios generales como el de la buena fe, las buenas costumbres y el orden público.

El fraude de la ley es la idea de maquinación o salida arbitraria e ilegal para obtener un resultado fin con apariencia de legal, pero totalmente contrario a una norma del sistema jurídico. Es posible y probable que una misma conducta o práctica procesal incurra en abuso del derecho, fraude de la ley y falta de buena fe; pero, sus elementos no son exactamente iguales.

El abuso del derecho se refiere a situaciones o posiciones del poder jurídico. La exigencia de buena fe comprende además las situaciones jurídicas pasivas o de deber. La falta de buena fe infringe un código ético, la confianza entre los intervinientes en la vida jurídica que imponen coherencia en las conductas.

El fraude de la ley se basa en el uso artificioso de un acto o negocio jurídico para evadir una norma de carácter imperativo, además es de apreciárselo con independencia de si el resultado fraudulento se ha procurado u obtenido mediante el ejercicio de un derecho o a través de un juego de actuaciones jurídicas de complejidad.

En materia procesal hay una modalidad característica de fraude de ley conseguido por intermedio de la acción acordada entre varios sujetos.

Se trata del llamado “fraude procesal” o fraude por el proceso, en el que el resultado de elusión o burla de una norma (de derecho sustantiva) se procura o se obtiene, a través de la eficacia (jurídico-procesal) de las sentencias ejecutoriadas. Lo característico del fraude procesal es que, por obra conjunta de las partes procesales, se alcanza un pronunciamiento judicial que produce el nacimiento o la extinción de derechos o deberes que legalmente no corresponderían a los sujetos a los que el pronunciamiento judicial los atribuye. La combinación fraudulenta en

que consiste el fraude procesal puede utilizar distintas vías, como el allanamiento, o el desistimiento, la admisión o conformidad de hechos o la manipulación de las pruebas.³⁰

Según Sproviero:

La estafa procesal... Los ingredientes o presupuestos confirmativos de la estafa: maniobra engañosa o ardidosa, orientada a la tipificación del error al que debe anexarse el quebrantamiento patrimonial por la disposición de tal naturaleza, son precisamente los que otorgan identidad cualitativa al instituto en examen. Amén de ello, no puede hacerse abstracción del factor determinante orientado a la consumación delictiva: accionar de tal suerte que los hechos que son expuestos adquieran tal grado de verosimilitud, que engañen al juez encargado de dirigir el proceso incoado... Hemos visto que las consideraciones específicas de la estafa procesal le otorgan autonomía e independencia respecto de la propia y misma estafa.³¹

Según este tratadista la conducta en estudio se desenvuelve dentro del proceso con el objetivo de llegar a la voluntad del juez y conseguir el propósito tramado por el agente con hechos forjados y acomodados y con fundamentos que no responden a una realidad histórica y que constan en el escrito de demanda; aún más, con la aportación de pruebas testimoniales e informes periciales por medio de las cuales obtenga una resolución judicial, imposible de conseguir si actuara con buena fe y lealtad procesal. Es decir, ha utilizado el engaño y el ardid contra la administración de justicia.

Los elementos constitutivos de la estafa procesal son: el engaño del que se vale la persona para que su falsa pretensión sea considerada por el juzgador; ese artificio deberá estar

³⁰ J. Picó y Junoi, *El Principio de Buena Fe Procesal*, Bosch, 2003, p. 109, citado por Antonio Martín Valverde, *El Abuso del Proceso: Mala Fe y Fraude de la Ley Procesal*, Madrid, Editorial Lerko Print S.A., 2006, p. 186.

³¹ Juan Sproviero, *La Específica Estafa Procesal*, Buenos Aires, Editorial Cátedra Jurídica, 2005, pp. 18-19.

contenido en una demanda por la cual se habrá iniciado un proceso y como destinatario el administrador de justicia; por haberse iniciado un procedimiento habrá lugar a la contestación de la demanda igualmente con argumentos falsos; y, se receptarán pruebas fraguadas por medio de las cuales se obtenga la sentencia deseada.

En nuestro Código Penal consta un capítulo que trata de los delitos contra la actividad judicial y el Art. 296, dice: “Todo aquel que en el decurso de un proceso civil o administrativo, o antes de un procedimiento penal, o durante él, a fin de inducir a engaño al juez, cambien artificialmente el estado de las cosas, lugares o personas, y si el hecho no constituye otra infracción penada más gravemente por este Código, será reprimido con prisión de seis meses a dos años y multa de...”

El Art. 359 ibidem, dice:

“Los que sobornaren testigos, peritos o intérpretes, o los que, a sabiendas, hicieren uso en juicio, de testigos o peritos falsos, sea en causa propia o de sus clientes o representados, serán reprimidos como reos de falso testimonio o de perjurio, en su caso.

El mínimo de la pena será elevado en un año si el testigo, perito o intérprete sobornado fuere campesino o montubio.

Si fuere abogado el que incurriere en la infracción determinada en este artículo, en la misma sentencia se le privará además, definitivamente, del ejercicio profesional.

Si un facultativo diere un informe en que faltare, dolosamente, a la verdad, se le privará también definitivamente del ejercicio profesional, sin perjuicio de las otras penas establecidas en este capítulo”.

El Art. 360 del mismo cuerpo legal, señala: “Los intérpretes y peritos se considerarán como testigos para los efectos de los artículos precedentes”.

Por último, el Art. 215 del Código de Procedimiento Civil, estatuye:

“Los jueces que al pronunciar auto o sentencia, observaran que los testigos o las partes han incurrido en manifiesto perjurio o falso testimonio, dispondrán que se saquen copias de las piezas necesarias y se remitan al fiscal competente para el ejercicio de la acción penal.

Harán lo mismo siempre que de los autos aparezca haberse cometido cualquiera otra infracción.

La omisión del deber que este artículo impone a los jueces, será castigada, por sus superiores con multa...”

Si bien en nuestro Código Penal no se encuentra tipificada como delito la estafa procesal, en cambio sí se contempla delitos contra la actividad judicial, según las normas transcritas; además, nuestro Código Procesal Civil, al igual que el Código Procesal Penal, impone la obligación a los juzgadores para disponer la actuación del Ministerio Público.

En todo caso, en mi opinión personal, considero que en caso de determinarse fraude del proceso, sus autores deberán ser sancionados judicial y administrativamente, según corresponda, al tenor de los artículos del Código Penal enunciados.

En el **ANEXO 1** se transcribe las resoluciones dictadas en primera y segunda instancia y la de Casación de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador que ilustra lo comentado; además, hace mención al abuso de la persona jurídica y que no se puede permitir el abuso del derecho o el fraude a la ley mediante el abuso de la institución societaria y legitima al juzgador para desestimar la personalidad jurídica (descorrimiento del velo societario).

A continuación se transcribe una parte de la resolución de casación que inteligencia la figura del descorrimiento del velo societario:

SEXTO: En la actuación de las personas jurídicas, se ha observado en los últimos años una notoria y perjudicial desviación, ya que se le usa como camino oblicuo o desviado para

burlar la ley o perjudicar a terceros. Pierde por completo su razón de ser y su justificación económica y social; ya no es más una persona ideal o moral y se convierte en una mera figura formal, un recurso técnico que permite alcanzar proditorios fines. Como señala la doctrina, “la reducción de ella (la persona jurídica) a una mera figura formal, a un mero recurso técnico, va a permitir su utilización para otros fines, privativos de las personas que los integran y distintos de los de la realidad jurídica para la que nació esta figura. Esta situación desemboca en el llamado «abuso» de la persona jurídica, que se manifiesta, principalmente, en el ámbito de las sociedades de capital.” (Carmen Boldó Roda, “La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho privado español”, R.D.C.O., año 30, Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 1 y ss.). Frente a estos abusos, hay que reaccionar desestimando la personalidad jurídica, es decir, descorriendo el velo que separa a los terceros con los verdaderos destinatarios finales de los resultados de un negocio jurídico llegar hasta éstos, a fin de impedir que la figura societaria se utilice desviadamente como un mecanismo para perjudicar a terceros, sean acreedores a quienes se les obstaculizaría o impediría el que puedan alcanzar el cumplimiento de sus créditos, sean legítimos titulares de un bien o un derecho a quienes se les privaría o despojaría de ellos. Estas son situaciones extremas, que deben analizarse con sumo cuidado, ya que no puede afectarse la seguridad jurídica, pero tampoco puede a pretexto de proteger este valor, permitir el abuso del derecho o el fraude a la ley mediante el abuso de la institución societaria.- **SÉPTIMO:** ... Todo lo anterior lleva a concluir que detrás de la figura societaria se encuentran los intereses del abogado Leonel Baquerizo Luque; que los restantes accionistas no tienen ningún interés real en la misma; que la persona jurídica se ha reducido a “una mera figura formal, a un mero recurso técnico” y que al no haberse alegado ni probado excepciones de fondo, que acrediten la inexistencia o la invalidez de las obligaciones demandadas, la institución societaria está siendo utilizada para otros fines privativos del abogado Baquerizo Luque, titular del 99.5 por ciento del capital social “y distintos de los de la realidad jurídica para la que nació esta figura”, esto es, para evadir el cumplimiento de las

obligaciones demandadas, con verdadero «abuso» de la persona jurídica, **lo que legitima al juzgador para desestimar la personalidad jurídica** y, admitiendo la demanda, disponer que la compañía demandada, simple apariencia o simulacro de persona jurídica, y el abogado Leonel Baquerizo Luque, quien se encuentra detrás de ella y es quien en definitiva se beneficiaría de cualquier sentencia desestimatoria, cumplan con las obligaciones que, según aparece de los fallos de instancia y no ha sido contradicho en momento alguno, son legales y plenamente válidos. Si bien el fallo recurrido no ha realizado una amplia motivación, sin embargo su parte resolutive se encuentra ajustada a derecho, por los razonamientos que anteceden, y con fundamento en lo que dispone la parte final de la regla séptima del artículo 18 del Código Civil, por constituir un principio de derecho universal la desestimación de la personalidad jurídica para evitar un abuso de la institución sea en fraude a la ley, o abusando del derecho en perjuicio de intereses de terceros... Notifíquese, publíquese y devuélvase.- **f) Drs. Galo Galarza Paz.- Santiago Andrade Ubidia.- Ernesto Albán Gómez.**³²

En el **ANEXO 2** se narra el caso de un varón que al haberse realizado una operación de cambio de sexo, en juicio de jurisdicción voluntaria, con trámite sumario, al amparo del Art. 89 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, demandó la nulidad de la inscripción de su partida de nacimiento pidiendo se haga una nueva en la que conste sus nuevos nombres de mujer y que su sexo es femenino.

En este caso se constata la actitud procesal pasiva del representante del Ministerio Público y del Delegado del Director General del Registro Civil, como también la sorprendente resolución judicial, que incurre en extra petita, pues el compareciente solicita la nulidad de la inscripción de su partida de nacimiento, en tanto que el Juez la rectifica.

De otra parte, las pretensiones jurídicas del compareciente debieron conocerse y resolverse en juicio ordinario, al tenor del Art. 59 del código de Procedimiento Civil, porque se

³² Gaceta Judicial, Serie XVII, No. 5, pp. 1264-1265.

pretendía el reconocimiento y la declaración de derechos, pese a que en nuestra legislación no hay ley que ampare “el cambio de sexo”, como solicitó el accionante.

Por último, es de anotar la actitud procesal totalmente pasiva del representante del Ministerio Público y del Director del Registro Civil ante la acción propuesta.

1.3. ABUSO DEL PROCESO Y ABUSO EN EL PROCESO.

Según Devis Echandía, al referirse a un proceso sea de naturaleza civil, comercial, laboral, contencioso administrativo, fiscal o de aduanas, dice:

Ese conflicto de intereses se traduce en una pugna, una especie de lucha jurídica, de pruebas y alegaciones, recursos y solicitudes de otra índole, a lo largo del proceso.

Pero tal lucha no significa que el proceso sea un campo de batalla en el cual todos los medios sean lícitos para obtener la victoria, sin importar que el resultado y los procedimientos estén o no de acuerdo con el derecho, la moral y la justicia, ni que se pueda recurrir al proceso para obtener, en connivencia con la parte aparentemente contraria, resultados ilegales o ilícitos, con o sin perjuicio de terceros.³³

Guiado por este tratadista es de manifestar que la persona que vaya a generar un proceso, de cualquier naturaleza, debe actuar con total apego a los principios de la buena fe y lealtad procesal, ya que la función del mismo es de interés general con una finalidad de utilidad pública, independientemente del resultado manifestado en una sentencia, siempre que esta sea la culminación de una labor intelectual proba del administrador de justicia.

Con la conducta procesal acertada del juez se hará efectiva la realización del derecho y del ideal de justicia, la protección de los derechos fundamentales, la conservación de la paz, todo lo cual establecerá un equilibrio social.

³³ Fernando Devis Echandía, *Estudios de Derecho Procesal*, Bogotá, Editorial ABC, 1979, Tomo I, p. 337.

El abuso del proceso aparece al inicio del mismo y a través de la demanda, y en la contestación a la misma que dé el accionado para trabar la litis. Puede presentarse también mediante conducta de cualquiera de las partes, terceros intervinientes o auxiliares de la administración de la justicia en perjuicio de cualesquiera de ellos y aún de terceros.

Esa conducta humana manifestada mediante actos extraprocesales o procesales tiene como núcleo la voluntad y conciencia, unas veces sin vicios u otras caracterizadas por error, dolo, violencia, intimidación o coacción.

Ya Cernelutti manifestó que “el engaño tiene amplio desenvolvimiento en el campo del proceso” con el propósito de causar daño y si el mismo es contra ley se habrá configurado el abuso del proceso o fraude. Es decir, el agente hace uso de un derecho que se traduce en un acto lícito (facultad para proponer una demanda), pero la finalidad que persigue es ilícita, por tanto, el daño viene a constituir el elemento objetivo.

A través de esta figura se obtiene una sentencia en determinado sentido o con un contenido concreto, para producir efectos jurídicos sustanciales ilícitos y/o ilegales, que no podrían obtenerse a través de actos extracontractuales de voluntad, unilaterales o bilaterales o para darles eficacia frente a terceros respaldados en la fuerza cosa juzgada de la resolución y de sus efectos que genera por tal situación jurídica.

Por lo expuesto la conducta abusiva en el proceso puede darse al proponerse la pretensión jurídica a través de una demanda inmotivada, imprecisa, superficial, falsa o con intenciones dolosas; y, en la actividad procesal se reflejaría en solicitudes engañosas, mentirosas, banales, imprecisas, temerarias o maliciosas.

De lo dicho se establecería un abuso procesal genérico consistente en que la conducta se manifiesta en el decurso del proceso ya que el engaño parte desde los fundamentos de hecho constantes en la demanda, o también, en el caso del demandando, desde cuando propuso los medios de defensa a través de las excepciones. El específico se hace evidente

en actos procesales producidos dentro de la causa. En el primer caso estamos frente a un elemento subjetivo, en tanto que en el segundo se hace presente el elemento objetivo que no requiere de dolo o culpa. La sanción para el genérico sería la indemnización pecuniaria por daños y/o perjuicios, que requeriría de otro juicio de conocimiento; en tanto que, para el específico la sanción sería condena de multa o costas, nulidad procesal o rechazo de las pretensiones jurídicas.

De otra parte, dentro del proceso es indudable la existencia de facultades, atribuciones y cargas a las que están sometidos los justiciables por expreso mandato del ordenamiento jurídico, todo esto para plasmar en realidad el principio de publicidad del proceso. Este principio tiene por consecuencia reforzar el principio de autoridad y respecto a las partes una toma de conciencia del imperativo ético en el proceso para que se conduzcan con respeto a la lealtad, probidad y buena fe procesales, y a la obligación jurídica que tiene de decir la verdad. Su inobservancia a estos principios puede conllevar o la nulidad de las actuaciones procesales o la calificación de esa conducta en maliciosa o temeraria. La transgresión a los principios invocados debe ser calificada por los jueces, los que están facultados para prevenir y sancionar todo acto contrario a dicho cumplimiento, aún cuando no se configure una actuación maliciosa y/o temeraria que se pueda manifestar en el desarrollo del proceso.

Puede existir abuso del proceso y en el proceso sin que exista violación a una norma legal concreta, porque este abuso puede dirigirse contra los fines económicos y sociales de la norma, o por ser contraria a la moral. Las consecuencias de esta conducta podrían ser: nulidad procesal, porque tal conducta puede influir en la decisión de la causa o causó indefensión a la contraparte; sanciones disciplinarias, como un llamado de atención que deberá constar en el proceso; la condena en costas; la extracción de argumentos de prueba

en contra de la parte agente de esa conducta; y, pedir la acción del Ministerio Público, en caso de que el comportamiento procesal constituye delito.

1.4. LA POSICIÓN DEL JUEZ ANTE EL ABUSO PROCESAL.

La función del juez es de vital importancia para impedir el abuso procesal y así evitar que se lesionen los derechos e intereses de las personas en una contienda judicial; para esto, el juez podría disponer de oficio las diligencias que creyere convenientes y necesarias para llegar al esclarecimiento de la verdad de los hechos que han creado conflicto de intereses y que han sido sometidos a su resolución, para de esta manera privilegiar los principios de economía, igualdad y moralidad.

El juzgador debe tener un rol vigoroso en la sustanciación del proceso; tiene que ser oportuno en el proveimiento de las diligencias procesales solicitadas, permitiendo únicamente las que no sean violatorias a los principios enunciados; debe procurar la agilización de los trámites procesales para hacer efectiva las garantías del debido proceso; dicho en otras palabras, velará porque en todo procedimiento se cumplan los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. Pero esta posición del juez, a su vez, respetará la garantía constitucional del derecho a la defensa, caso contrario su actuación caería en una arbitrariedad que bien podría ser calificada como abuso de facultades y atribuciones en el proceso.

Debe exigirse la práctica de la ética profesional como medio para la realización y desarrollo del ser humano, para ello el abogado ha de tener un conocimiento amplio del derecho positivo, un alto grado del sentido de justicia y una profunda preocupación por conseguir la seguridad jurídica.

Para una exitosa función controladora del juez se hace necesario que tenga independencia respecto de los otros órganos de poder y que tenga plena libertad ante cualquier clase de interferencias.

Al respecto, Andrade Ubidia manifiesta:

Requisito *sine qua non* para que exista un sistema judicial idóneo es el que, a más de reconocer en la Constitución, se observe este principio. La historia de la administración de justicia en el Ecuador se ha caracterizado por la permanente ingerencia del poder público, de los grupos de poder e inclusive de los órganos jerárquicamente superiores de la propia Función Judicial en la actividad de los tribunales y jueces. El proceso de “judicialización de la política” que ha sufrido el Ecuador en los últimos años ha determinado que la Función Judicial se encuentre permanentemente en estado de precariedad, que ha atentado muy gravemente sobre la calidad de los fallos judiciales.³⁴

Dice este tratadista que en el actual Art. 199 de la Constitución Política de la República, en su inciso primero se encuentra consagrada la llamada “independencia externa”, reconocida en los códigos políticos desde la dictada en 1830; en tanto que, en su inciso segundo se ha incorporado por primera vez la llamada “independencia interna”, reformada y codificada en 1998.

Tal disposición constitucional dice: “Art. 199.- Los órganos de la Función Judicial serán independientes en el ejercicio de sus deberes y atribuciones. Ninguna función del Estado podrá interferir en los asuntos propios de aquellos.

Los magistrados y jueces serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional aún frente a los demás órganos de la Función Judicial; sólo estarán sometidos a la constitución y a la ley”.

No se considera influencia la remisión de un expediente de una instancia superior a otra inferior, ni viceversa, como en el caso de la consulta, aunque ésta se la considere como una institución de desconfianza en el criterio del juzgador; la nulidad de una sentencia

³⁴ Santiago Andrade Ubidia y otros, *La Estructura Constitucional del Estado Ecuatoriano*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 239.

decretada por el superior y la orden de dictar otra. La exigencia de acatar la jurisprudencia obligatoria; ni las sanciones disciplinarias impuestas por un tribunal superior.

La Constitución Política de la República ha otorgado absoluta autonomía al juzgador para el desempeño de sus funciones pero éste debe hacer los méritos suficientes para que haya la confianza de la sociedad en ellos. Estos méritos no son otros que los de estar actualizados en el conocimiento jurídico, apoyados en la doctrina y la jurisprudencia; como servidores públicos que son deben retribuir la remuneración percibida con sentencias suficientemente motivadas, para evitar la arbitrariedad, en las que plasme el principio de congruencia y que tal resolución surta los efectos jurídicos deseados, es decir que sea ejecutable.

¿El ritualismo procesal por parte del juez implicaría un abuso del proceso?

¿El exceso de ritualismo atentaría a los principio de economía procesal, celeridad y eficiencia en la administración de justicia?

Considero que el exceso de ritualismo procesal por parte del administrador de justicia podría encasillarse en una conducta abusiva en el proceso, y hasta arbitraria, pues en forma deliberada y conciente dilataría un procedimiento en perjuicio económico y psicológico de los justiciables. Para no caer en esta conducta el juez deberá tener conocimientos suficientes y ser especializado en el campo del derecho que desenvuelve su actividad. De otra parte, tiene que poseer un vasto conocimiento y experiencia procesal para no ser sorprendido con petitorios de los defensores de las partes que, a pretexto de formalidades procesales, pretendan evitar una pronta solución al conflicto de intereses sometido a su conocimiento.

Sobre este criterio nuestro máximo organismo de justicia ha manifestado:

...El artículo 192 de la Constitución Política debe interpretarse en su totalidad y en concordancia con los artículos 23, num. 27, y 24, es decir, se ha de tener en cuenta

que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia que hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia, y como corolario de todo esto, que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. En efecto, hay que diferenciar entre los ritos y las solemnidades procesales. Los ritos, es decir las formalidades no son más que simples complicaciones de las formas, que se establecen en un determinado momento, atendiendo a razones puntuales de conveniencia, pero que, con el paso del tiempo pierden su razón de ser. Las solemnidades, en cambio, son requisitos de forma que establece el legislador atendiendo a razones permanentes y sustanciales, que permanecen en el tiempo inalterados. En virtud del principio de la obligatoriedad de las formas procesales, los actos procesales están regulados por la ley en cuanto a su forma, y ni las partes procesales ni el juez pueden escoger libremente el modo ni la oportunidad del lugar y de tiempo para realizarlos. Debe recordarse que el derecho procesal es una rama del derecho público, y por lo tanto es indisponible por las partes, las que ni siquiera por acuerdo expreso podrían disponer de él, salvo en los casos en que lo permite expresamente el legislador.³⁵

En el **ANEXO 3** constan las resoluciones de primera y segunda instancia así como la de casación, por lo que pido remitirse al mismo para saber los fundamentos de hecho y de derecho de la acción de daños y perjuicios, así como las excepciones que dedujeron los demandados, y que motivó a que los Magistrados de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Excma. Corte Suprema de Justicia del Ecuador hicieran el pronunciamiento que se deja, en parte, transcrito en renglones anteriores.

³⁵ Gaceta Judicial, Serie XVII, No. 6, p. 1554.

El mismo Tribunal, sobre el alcance de la norma contenida en el Art. 192 de la Carta Fundamental, emitió el siguiente criterio clarificador:

Cuando se trata de los requisitos de forma establecidos por el ordenamiento legal de los actos y los negocios jurídicos, no puede prescindirse de la razón de ser de los mismos, de la teleología del rito, que es la de ser un medio para la realización de la justicia; si se pretendiera exigir que se observen las formalidades externas, los ritos *per se*, como si fueran un fin en sí mismas y no un medio, sería, en definitiva, como instaurar un culto idolátrico en que la esencia de la dignidad se hallaría en el objeto material de la adoración. La Constitución Política de la República no reprueba el formalismo procesal, lo que condena es el que se convierta en meras explicaciones de las formas, que imponga la realización de prácticas vacías de contenido, que se constituya en un fin, de tal manera que el proceso se convierta en un instrumento a su servicio, al punto que la justicia pase a segundo plano.³⁶

En conclusión, las solemnidades deben estar al servicio de los derechos sustanciales y en forma razonable servirán para viabilizar un proceso y conseguir la justicia requerida.

Las potencialidades personales e intelectuales del juez se manifiestan en las sentencias y dejan ver su imparcialidad, a más de denotar el control del procedimiento o del proceso.

2. EL ABUSO DE LAS PARTES DENTRO DEL PROCESO.

2.1. EN EL PROCESO DE PROVIDENCIAS PREVENTIVAS.

El juicio de providencias preventivas regulado en nuestro Código de Procedimiento Civil, desde los Arts. 897 a 923, posiblemente es uno en los que con mayor frecuencia puede hacerse presente las figuras jurídicas estudiadas, ya que desnaturalizando su finalidad u objetivo algunos acreedores pretenden “asegurar su crédito” o el “cumplimiento de la obligación”.

³⁶ Santiago Andrade Ubidia y otros, *La Estructura Constitucional del Estado Ecuatoriano*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, pp. 260-261.

Según la doctrina y nuestro sistema procesal civil, dicha acción cautelar tiende a proteger las acreencias ante un posible empobrecimiento voluntario, fortuito o fraudulento del deudor de una obligación; para asegurar el cumplimiento de la obligación crediticia; o, debido a la demora de la administración de justicia en reconocer el derecho del acreedor mediante resolución o sentencia.

Esta clase de juicios son autónomos; las medidas precautorias que se dictan dentro de este juicio tienen el carácter de provisionales, medidas asegurativas que incluso pueden ser cesadas a petición del deudor dando hipoteca o fianza que, a juicio del juez, asegure el crédito; y, pueden declararse caducadas.

La buena fe y lealtad procesal se ponen de manifiesto por parte del acreedor al pretender cumplir con el requisito contenido en el número 2 del Art. 899 del Código de Procedimiento Civil, que dice: “Que se pruebe que los bienes del deudor se hallan en tan mal estado, que no alcanzarán a cubrir la deuda, o que puedan desaparecer u ocultarse, o que el deudor trata de enajenarlos”.

Remontándonos a la historia, el Código de Procedimiento Civil vigente en el año de 1869, manifestaba: “4º. Que los bienes del deudor se hallen en tan mal estado que no alcancen a cubrir la deuda o que puedan desaparecer”.

El Código de 1879 aumentó los siguientes presupuestos: “u ocultarse o que el deudor trata de enajenarlos”.

De la transcripción del actual precepto legal el accionante-acreedor deberá justificar, para conseguir del órgano judicial el secuestro de bienes muebles o la retención de dineros, derechos o valores que pertenezcan al deudor, que aquellos se hallen:

1. En tan mal estado;
2. Que no alcanzarán a cumplir la deuda;
3. Que pueden desaparecer u ocultarse; y,

4. Que el deudor trata de enajenarlos.

Este requisito debe ser cumplido mediante información sumaria de testigos o de nudo hecho, diligencia preprocesal contemplada en el número 4 del Art. 64 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre esta diligencia preprocesal el Art. 201 de la Ley Orgánica de la Función Judicial prohíbe a los jueces dar trámite a informaciones sumarias que atenten a la honra y dignidad de las personas o a su intimidad.

En muchas ocasiones, sino en todas, los actores-acreedores recurren a testigos que desconocen de los supuestos procesales a los que se refiere el número 2 del Art. 899 del Código Procesal, pues respecto al primero y segundo no son testigos presenciales y en los restantes tales hechos recaen en el plano subjetivo del deudor de la obligación. Y si los declarantes afirmaran que el deudor pueda desaparecer u ocultar o que trata de enajenarlos, sin ser cierto el testimonio, se estaría atentado a la honra, dignidad y buen nombre de la persona, garantía constitucional prevista en el número 8 del Art. 23 de la Constitución Política de la República.

También es práctica procesal frecuente que los procuradores judiciales de las personas que son acreedoras de otras, sin estar facultados en el mandato comparecen, por sí y ante sí, solicitando este tipo de diligencias preprocesales, con el agravante de que ellos presentan la nómina de testigos y formulan las preguntas de rigor para cumplir con el requisito mencionado.

A mi criterio debería ser el comitente o mandante quien en el poder haga constar los hechos y circunstancias procesales para que sea aceptada la demanda del juicio de providencias preventivas, como también nombrar a los testigos que confirmen tales hechos. Esta cuestión procesal únicamente con la finalidad de evitar que el procurador

judicial y/o su mandante sean responsables de indemnizaciones civiles y responsabilidades penales. Para esto nos hemos de remitir a los Art. 296 y 359 del Código Penal.

Sobre las responsabilidades civiles del mandante, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, ha manifestado:

Para resolver la Sala considera que correspondía al actor probar el requisito consignado en el número 2 del Art. 914 (899) del Código de Procedimiento Civil, y la declaración testimonial practicada no demuestra en lo absoluto, algunos de los hechos que deben acreditarse según aquella norma legal para que proceda al secuestro de bienes; particularmente, por las razones que expresan los declarantes al formular sus respuestas que son carentes de congruencia y de lógica.- Según el Art. 938 (923) del Código de Procedimiento Civil, el secuestro preventivo caduca si el demandante dejare de continuar, por treinta días o más, la acción principal, y consta de autos que cuando se dictó el fallo de primera instancia había transcurrido con exceso ese tiempo sin que el ejecutante hubiese continuado con el trámite del juicio ejecutivo; además la demandada ha presentado en esta instancia copia certificada del referido juicio ejecutivo principal, documento en el que consta fechas demostrativas de hacer transcurrido más de un año sin que el ejecutante haya hecho gestión alguna para impulsar aquella causa, lo que corrobora y afirma la caducidad del secuestro.- Siendo el mandante responsable de las obligaciones contraídas por el apoderado que actúa dentro de los límites del mandato, según lo establecido en el Art. 2091 (2037) del Código Civil, siendo este precisamente el caso presente, el banco N.N. debe indemnizar daños y perjuicios a la Compañía demandada, como

consecuencia de la revocatoria del auto de secuestro preventivo, al tenor de lo dispuesto en el Art. 938 (923) del ya citado cuerpo legal.³⁷

Dejo constancia que el articulado que va en paréntesis corresponde a la actual codificación de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil.

Solicito remitirse al **ANEXO 4**, en el que constan transcritos las resoluciones de primera, segunda y tercera instancia (porque a la época en que se dictaron tales resoluciones nuestra Corte Suprema de Justicia no era Tribunal de Casación, sino de tercera instancia), para saber todos los antecedentes jurídicos que motivaron la síntesis transcrita.

También constituye abuso del derecho y del proceso cuando el acreedor, una vez que ha conseguido por parte del administrador de justicia la medida cautelar, no prosiga con la sustanciación de la causa o no proponga la demanda en lo principal dentro de los términos previstos en el Art. 923 del Código de Procedimiento Civil, con la sólo finalidad de privar del derecho de uso y goce de los bienes secuestrados o valores retenidos y de esta manera “presionar psicológica y moralmente” al deudor para llegar a acuerdos, muchas veces gravosos para éste.

Es, igualmente, abuso del derecho y del proceso solicitar medidas cautelares por un monto económico superior al realmente debido, y que no en pocas veces los jueces han aceptado tales pedimentos en perjuicio patrimonial, moral, psicológico del deudor y hasta de su familia.

Sobre este aspecto debe primar el principio de proporcionalidad por parte del jugador para que las medidas cautelares recaídas sobre los bienes del deudor no excedan del crédito debido y debidamente justificado al tenor del número 1 del Art. 899 del invocado cuerpo legal; es decir, tales medidas no pueden ir más allá de lo que razonable y objetivamente resulte necesario para proteger al acreedor.

³⁷ Gaceta Judicial, Serie XIV, No. 15, pp. 3378-3379.

Nuestra cultura de litigio se ha manifestado en peticiones formuladas por los actores accionantes pidiendo en exceso del valor adeudado las garantías que aseguren el crédito, sin considerar que el objetivo de este tipo de juicios no es apremiar al deudor en el cumplimiento de la obligación, como tampoco angustiar su defensa. Una medida cautelar concedida en exceso puede traer graves consecuencias patrimoniales y hasta familiares a la parte demandada, pues bien podrá darse el caso de que el obligado al ser un hombre de negocios y por causa de la no aplicación del principio de proporcionalidad quiebre en los mismos con todas las consecuencias jurídicas que esta situación legal conlleva, con graves repercusiones para otros acreedores y para la sociedad.

Existe resolución jurisprudencial en la que analiza el rompimiento del principio de proporcionalidad, ordena el enjuiciamiento penal de las personas que actuaron dolosamente en el proceso y condena al pago de daños y perjuicios al acreedor-actor; para lo cual, transcribo la síntesis de una resolución, con la aclaración que entre paréntesis consta el articulado de la actual codificación de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil.

Para resolver lo principal, la Sala considera que, el objetivo único final de las medidas preventivas, como dicen los Arts. 431 y 432 (421 y 422) del Código de Procedimiento Civil, es asegurar la deuda, no es apremiar al deudor para el cumplimiento de su obligación en forma inmediata; si el ejecutante sabe, conoce y le consta que el deudor tiene suficiente solvencia y sin embargo pide un desmesurado secuestro, está abusando del derecho, generando de este modo un daño que debe ser reparado (Art. 2256 (2229) del Código Civil). En la especie el ejecutante para asegurar una presunta deuda de \$87.500,00... solicita el secuestro de la maquinaria que no llegó a secuestrarse a pesar de estar ordenada, materia prima, vehículos, muebles y enseres usados en dos locales, la fábrica y el almacén,

con lo que produce un daño real al ejecutado; más todavía, si para fundamentar el pedido de secuestro exorbitante, obtiene en jurisdicción voluntaria que se apruebe la traducción de las “letras de cambio”, hecha por perito insinuado por él, traducción que resulta falsa, ya que tales formularios son de pagarés simples suscritos como letras de cambio, por tanto no son títulos ejecutivos, requisito sine qua non para pedir la medida preventiva; de este modo procede los enjuiciamientos penales contra quienes actuaron dolosamente; procede también la condena de daños y perjuicios por la forma maliciosa en que se actuó para obtener el secuestro, condena que respaldada por el Art. 2256 (2229) del Código Civil, apoyada en el Art. 919 (904) del Código de Procedimiento Civil y que obedeciendo al Art. 283 (279) ibidem, se liquidará verbal y sumariamente y, se referirán específicamente a los ocasionados en los bienes secuestrados, cotejando las cantidades al momento de la diligencia de devolución si hubiere objetos desaparecidos, inservibles o deteriorados, se devolverán su valor calculado al precio que tuviera en plaza a la época de la devolución; y así se confirma el fallo venido en grado.³⁸

En el **ANEXO 5** constan las resoluciones de primera, segunda y tercera instancia, que dicen relación a lo antes transcrito, con la aclaración de que a la fecha en que fueron dictadas las mismas la Corte Suprema de Justicia no era Tribunal de Casación, sino de tercera instancia.

Constituye abuso del derecho y del proceso, también, cuando ese acreedor no pide la cancelación de las medidas cautelares que han recaído sobre los bienes del deudor, a sabiendas de que los mismos no ofrecen ninguna garantía para la efectividad de la obligación perseguida.

³⁸ Gaceta Judicial, Serie XV, No. 2, p. 298

Todas estas conductas de los acreedores constituyen romper con los principios de la buena fe y lealtad procesal, aquellas están cargadas de mala fe procesal y por ello nuestro ordenamiento procesal civil castiga con la condena en costas, daños y perjuicios, la primera si se hubiere litigado con temeridad o mala fe.

Soy de la opinión que el juez debería declarar de oficio la caducidad de las medidas dictadas si el actor ha incumplido con lo que le exige el Art. 923 del Código Procesal, siempre y cuando obtenga prueba documental idónea.

Considero también que, aunque el deudor demandado no reclamare, el juzgador deberá de oficio condenar al pago de costas, daños y perjuicios en los casos en que se haya hecho evidente por parte del actor el abuso del derecho y del proceso en esta clase de juicios, para de esta manera obligar a que impere el respeto a las normas procesales.

Rol fundamental para la proscripción de estas conductas procesales deben cumplir los abogados pues, éstos, como conocedores de la ley deben guiar, aleccionar y asesorar a sus defendidos para que haya el respeto a la norma, a las personas y, por ende, a la sociedad.

Por último, el juez tiene que cumplir su función en forma correcta, respetando el derecho de defensa y sin angustiar a las partes en el ejercicio de aquella garantía constitucional, como tampoco en el plano emocional, psicológico, económico y familiar de los justiciables. Sólo a través de sus actuaciones judiciales legitimará su condición de administrador de justicia.

2.2. EN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN.

➤ JUICIO EJECUTIVO.

En este tipo de juicios el acreedor-actor puede solicitar como medida cautelar para asegurar el cumplimiento de la obligación el secuestro de bienes muebles y para ello acompañará información sumaria de testigos o de nudo hecho que justifique que dichos

bienes son de propiedad del deudor, según así lo faculta el Art. 422 del Código de Procedimiento Civil.

Para este análisis es plenamente aplicable lo estudiado en lo atinente al juicio de providencias preventivas efectuado en renglones anteriores, por lo que obligatoriamente habrá que remitirse a tal comentario, con las salvedades del caso y que a continuación se explica.

Los testigos ad-hoc presentados por el actor depondrán que los bienes que se encuentran en el interior de la habitación del ejecutado o en el interior del local comercial u oficina, si el deudor fuere una persona jurídica o comercial, son de propiedad del obligado. Con esta diligencia preprocesal será procedente que el juzgador decrete la medida precautoria; así mismo, éste deberá aplicar el principio de proporcionalidad.

El accionado podrá hacer cesar tales medidas consignando en dinero la cantidad suficiente para cubrir la deuda, con más un diez por ciento, por expresa disposición del Art. 425 *ibidem*.

Jurídicamente, habrá de entenderse como deuda tan sólo el capital constante en el título ejecutivo que se acompaña a la demanda, mas no los otros rubros reclamados en la demanda como son: intereses, comisiones, costas, honorarios profesionales, etc. Si el juez no hiciera esta distinción y exigiera que a la consignación referida en la indicada norma procesal se sumen todos los valores reclamados en la demanda, estaría adelantando criterio, a la vez que causaría perjuicio económico al demandado, a más de angustiar su defensa.

Las medidas cautelares dictadas en este proceso únicamente deberán ser canceladas cuando el juicio concluya en forma anormal, esto es: por desistimiento de la parte actora, por transacción, por abandono de la instancia o del juicio y por sentencia del superior que

revoque la sentencia dictada por el juez de primer nivel. Demás está indicar que ésta actividad jurisdiccional la realiza el juez que inició el juicio.

De otra parte, considero que la información sumaria de testigos para esta clase de juicios (providencias preventivas y ejecutivos), debe ser practicada ante el juez civil, pero no ante un notario público. La razón fundamental es que el juez de derecho debe solemnizar el juramento de rigor a los declarantes, como lo prescribe el Art. 230 del Código de Procedimiento Civil, por las consecuencias de carácter penal en caso de faltar a la verdad, las que se traducirán en el delito de perjurio. De esta manera se evitará que haya un ejercicio abusivo del derecho y del proceso por parte de los accionantes.

➤ **JUICIO EN EL QUE SE APLICA LA LEY DE COMPRAVENTA CON RESERVA DE DOMINIO.**

En la totalidad de las causas iniciadas al amparo de la ley en referencia la parte actora-vendedora-acreedora prendaria, únicamente acompaña a la demanda su representación legal, el contrato de compraventa con reserva de dominio, la certificación del Registrador Mercantil de que la prenda se encuentra vigente, los títulos ejecutivos con los que justifican que el comprador deudor prendario-demandado no ha cancelado las cuotas.

Pero no acompañan una liquidación contable en la que conste cuál es la real cantidad abonada por el obligado y esta actitud de buena fe y lealtad procesal es de vital importancia para los efectos determinados en el inciso segundo del Art. 9 de la Ley de la Venta con Reserva de Dominio, constante en el Decreto Supremo No. 548-CH, dictada por la Junta Militar de Gobierno, publicada en el Registro Oficial No. 68 del 30 de septiembre del 1963.

Tal artículo dice:

“Si el comprador no pagare la cuota o cuotas establecidas en el contrato o si vencido el plazo no cancelare lo que estuviere adeudando, la cosa vendida volverá a

poder del vendedor, siguiendo el procedimiento señalado en el Art. 14 antes indicado.

Podrá pactarse que en el caso de incumplimiento en la cancelación total del precio, las cuotas parciales pagadas en concepto del mismo, queden en beneficio del vendedor a título de indemnización pero ésta en ningún caso podrá exceder de la tercera parte del precio fijado en el contrato, incluida la cuota de contado; **SI LAS CANTIDADES ABONADAS EXCEDIEREN DE LA TERCERA PARTE, EL VENDEDOR DEVOLVERÁ DICHO EXCESO AL COMPRADOR.**” (las mayúsculas y negrillas son de mi autoría).

Del inciso segundo transcrito, fundamentalmente de lo resaltado, podemos concluir que si la parte actora no presenta una liquidación contable en la que conste las cantidades abonadas por el comprador, incurre en un abuso del derecho y del proceso pues, como es costumbre contractual, estipulan en el contrato que las cuotas parciales pagadas quedan en beneficio del vendedor a título de indemnización.

Sin embargo, muchas de las veces los demandados son citados por la prensa, no comparecen a juicio y puede darse el caso de que las cantidades que hayan abonado excedieren de la tercera parte del precio fijado en el contrato, lo que siendo así tendrían el derecho para que le sea restituido dicho exceso.

Como se verá, la conducta procesal descrita por parte del acreedor vulnera, a más de los principios procesales enunciados, un beneficio y derecho económico de la contraparte.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El presente trabajo se ha centrado en dos partes fundamentales: la una en cuanto tiene que ver a la doctrina y sustantividad del abuso del derecho, y la otra en cuanto dice relación a aspectos procesales.

La parte doctrinaria, debo reconocer, es compleja por su profundidad científico-dogmática; sin embargo, me inclino por manifestar que el abuso del derecho es una fuente de responsabilidad sui generis y autónoma, no asimilable al dolo o la culpa por que quien afirme que sólo abusa de su derecho la persona que lo ejerce en forma dolosa o culposa, le niega eficacia y validez a la teoría estudiada, sumiéndole a un caso de responsabilidad delictual o cuasidelictual.

Se puede también apreciar sin dificultad la existencia de una conducta abusiva, pese a que no pueda imputársele al titular del derecho una acción u omisión dolosa o culposa. Como ejemplo podría señalar el de un propietario de una extensa heredad que no la vende ni la edifica porque desea ganar plusvalía, rédito que lo consigue con mínimo esfuerzo y sin inversiones. En este ejemplo aquel propietario no actúa en forma dolosa ni culposa, aunque su conducta puede ser contraria a los intereses de otras personas; no actúa de mala fe, tampoco con negligencia o imprudencia, ya que su fin es obtener el máximo lucro. No puede desconocerse que abusa de su derecho de dominio porque al no hacerlo producir al inmueble atenta a su finalidad social y económica. Ante esta realidad el derecho positivo no podría atacar.

Por el desarrollo de las ideas políticas que permite la intervención del Estado y la sujeción de las garantías individuales al interés general de la comunidad, la mayoría de los derechos subjetivos han sido objeto de regulaciones y restricciones, que no es difícil hallar en las normas de finalidad que justifica su ejercicio y la forma como éste debe ser cumplido bajo pena de sanción prevista para los casos del abuso.

La mayor parte de los códigos modernos que han consagrado fórmulas represivas del llamado abuso del derecho incluyen en sus textos una referencia a los fines sociales o económicos, a veces como único elemento para caracterizar el abuso, y en otros casos unido a elementos de carácter subjetivo.

La ley rechaza el ejercicio abusivo de un derecho, pues del derecho en sí mismo no es factible abusarlo.

De otra parte, el actuar contra la moral y las buenas costumbres requiere la decisión voluntaria del sujeto.

Mediante fórmulas legales se ha pretendido dar solución para la mejor comprensión de la figura presentando dos variantes esenciales. En algunos casos, con criterio amplio se establece la alternativa y el acto se considera abusivo cuando se comprueba la presencia del elemento subjetivo (dolo o culpa); o en su defecto, la del elemento objetivo (ejercicio irregular), considerándose que cualquiera de ellos es suficiente. En otros sistemas legales se exige que se den ambos elementos (subjetivo y objetivo), que sumados configuran el acto abusivo, lo que tiene un matiz restrictivo que hace difícil aplicar la fórmula represiva del abuso.

En todo caso, la moral social es el eje que el juez debe seguir para la aplicación de la norma que prohíbe el acto abusivo pues, como dice la doctrina, en ella se traduce jurídicamente los valores de la solidaridad expresada por los principios de la equidad, de la buena fe y las buenas costumbres, para sancionar el daño causado a terceros o a la sociedad. En la actualidad los tribunales de justicia no toleran el abuso del derecho aunque no exista norma que lo prohíba.

En lo que tiene que ver con el abuso procesal es evidente que en nuestro país es práctica frecuente por las partes que intervienen en un litigio y por los abogados, conducta procesal que ha desprestigiado la profesión y al profesional del derecho; ha sorprendido a la

administración de la justicia, la que por un ineficaz departamento de prensa, que no ha sabido enfrentar los ataques de los medios de comunicación que en muchos casos han desinformado a la sociedad, ha sido injustamente cuestionada al igual que los jueces y magistrados.

Por todo lo expuesto y analizado a lo largo de este trabajo investigativo se hace necesario reformas legales para que las figuras del abuso del derecho, del fraude a la ley, del abuso procesal en todas sus manifestaciones, sean incorporados a los códigos sustantivos y adjetivos civiles y penales en forma clara y precisa para así, de ser posible, desterrar estas malas prácticas tan comunes en la actualidad.

Dentro de esas reformas habrá de contemplarse la responsabilidad solidaria del abogado cuando por su ejercicio profesional abusivo e irrespetuoso, desatendiendo la ética profesional, las buenas costumbres sociales y tergiversando los principios procesales, el derecho positivo, la doctrina y la jurisprudencia, a pretexto de defender los intereses de su cliente sorprenda y engañe a la administración de justicia; es decir, solidariamente con su cliente pagará costas procesales, daños y perjuicios que hayan causado, independientemente de otras sanciones de carácter disciplinario, administrativo y penal a que hubiere lugar.

Corresponde también a jueces, magistrados y abogados actualizar sus conocimientos jurídicos para estar a la par de la modernidad, del avance de las comunicaciones y del desarrollo tecnológico de los tiempos, para cumplir en forma eficiente y proba los roles que hemos decidido aceptar en la sociedad, todo o cual se traducirá en cultura jurídica y general para bien de la comunidad y del Estado.

Finalmente, este trabajo no pretende revolucionar la posición doctrinaria que respecto a las figuras estudiadas se han mantenido desde hace décadas y que en la actualidad siguen generando más doctrina, más estudio y múltiples debates. He pretendido, tan solo, difundir

estas teorías de una manera sencilla y práctica, no por ello superficial ni huérfana de apoyo doctrinario, legal, casuístico y jurisprudencial.

BIBLIOGRAFÍA

- Airasca, Ivana María, y otros. *Abuso Procesal*. Buenos-Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores.
- Andrade Ubidia, Santiago. *La Casación Civil en el Ecuador*. Quito, Fondo Editorial Andrade & Asociados, 2005.
- Andrade Ubidia, Santiago y otros, *La Estructura Constitucional del Estado Ecuatoriano*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.
- Baigón, David, y Salvador Darío Bergel. *El Fraude en la Administración Societaria*. Buenos-Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 1988.
- Condorelli, Epifanio. *El Abuso del Derecho*. Argentina, Editorial Platense, 1971.
- López Mesa, Marcelo, y José Daniel Cesano. *El Abuso de la Personalidad Jurídica de las Sociedades Comerciales*. Buenos-Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 2000.
- Moisset De Espanés, Luis, y otros. *El Abuso en los Contratos*. Buenos-Aires, Argentina, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.
- Picó i Junio, Joan, y otros. *El abuso del proceso: mala fe y fraude de la ley procesal*. Madrid, Lerdo Print, S.A., 2006.
- Rengifo García, Ernesto. *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*. 2a. ed., Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Rodríguez Arias, Lino. *El Abuso del Derecho*. 2a. ed., Buenos-Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.
- Rodríguez Grez, Pablo. *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial*. 1a. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- Romero Jouvín, Emilio. *El Abuso del Derecho*. Guayaquil, Ecuador, Edino, 1993.
- Rotman, Edgardo. *Los Fraudes al Comercio y a la Industria*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Habedlo Perrot S.A., 1974.

ANEXO 1

No se debe utilizar al proceso como mecanismo para evadir el cumplimiento de obligaciones. En la actuación de las personas jurídicas se ha hecho notoria y perjudicial su desviación, ya que se las usa como camino para burlar la ley o para perjudicar a terceros perdiendo su razón de ser y su justificación económica y social, convirtiéndose en una mera figura formal, que permite alcanzar proditorios fines.

Juicio verbal sumario que por dinero siguió DINERS CLUB DEL ECUADOR S.A. SOCIEDAD FINANCIERA, contra MARISCOS DE CHUPADORES CHUPAMAR S.A. y de Leonel Baquerizo Luque, por sus propios derechos:

PRIMERA INSTANCIA.

JUZGADO OCTAVO DE LO CIVIL DEL GUAYAS. Guayaquil, junio 24 de 1996; las 9h15. **VISTOS:** A fojas veinte y seis comparece el abogado César Paladines Cruz, apoderado especial de la firma DINERS CLUB DEL ECUADOR S.A. a demandar en la vía verbal sumaria a María Isabel Baquerizo Luque, por los derechos que representa de la compañía "Mariscos de Chupadores, CHUPAMAR S.A." y al señor Leonel Baquerizo Luque, por sus propios derechos, el pago de S/. 2'142.539,12 y \$ USA 12.550,73, por concepto de capital adeudado, por bienes y servicios obtenidos en los establecimientos comerciales afiliados al sistema DINERS, y que no han pagado en su oportunidad, es decir, conforme a lo estipulado en el convenio o contrato que suscribieron, y por el cual se le concedieron las tarjetas de crédito Nos. 3654-200872-0047 y 3613-490872-0001, respectivamente, y las tarjetas adicionales Nos. 3654-200872-0127 y 3613-490872-191. Demanda también el pago de los intereses legales por mora y las costas procesales, incluyendo los honorarios profesionales del patrocinador. Aceptada la demanda al trámite verbal sumario, por reunirse los requisitos de ley; se ordenó citar a los demandados; diligencias que constan a fojas 28 del proceso, habiendo señalado casillero judicial por el demandado Leonel Baquerizo Luque. Convocadas las partes a una audiencia de conciliación, ésta se celebró con la concurrencia única de la parte accionante, representada por un abogado que ofreció presentar poder o ratificación de sus gestiones, y quien se ratificó en los términos de la demanda y pidió que se declare la rebeldía de los demandados por su inasistencia a este acto procesal. Se abrió la causa a prueba por el término legal, y se actuaron, se reprodujeron y se agregaron las pruebas aportadas por los litigantes. Sustanciado el juicio hasta el estado de poder resolverlo, para

hacerlo se considera. **PRIMERO:** A este trámite se lo califica como válido por cuanto se ha seguido la vía procedente para estos casos y no se observa la omisión de solemnidades sustanciales comunes que puedan anularlo. **SEGUNDO.** Los demandados han sido citados conforme a derecho, y su inasistencia a la audiencia de conciliación para contestar a la demanda, significa negativa pura y simple a los fundamentos de la misma; y, le toca al accionante probar los hechos que alega y que se entienden negados por la contraparte. Igualmente, cualquiera de los litigantes puede presentar pruebas contra los hechos propuestos por el adversario. **TERCERO:** En efecto, dentro del término correspondiente el actor ha reproducido el contrato celebrado con los demandados y la documentación respectiva, a los mismos que se les da el valor probatorio a que se refiere el Art. 198 del Código de Procedimiento Civil. **CUARTO:** Los demandados no han presentado pruebas que demuestren lo contrario; y, lo relativo a la ilegitimidad de personería que tratan de alegar los reos no es aceptable porque a la fecha en que se presentó la demanda y se citó la misma, la representante legal de la entidad demandada era María Isabel Baquerizo Luque, y no el señor Leonel Baquerizo Puga, quien es representante solamente a partir del año 1995. Bien puede observarse en la documentación agregada a fojas 40 y vuelta del juicio. En todo caso se han demostrado los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. Por tales antecedentes, el suscrito Juez Octavo de lo Civil de Guayaquil, en cumplimiento de la ley y lo actuado, "**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**", acepta la demanda planteada y se declara el derecho que tiene la firma accionante para cobrar lo que les adeudan los señores María Isabel Baquerizo Luque, por los derechos que representa y Leonel Baquerizo Luque, por sus propios derechos. En consecuencia, se ordena que éstos paguen a la firma DINERS DEL ECUADOR S.A. los valores que adeuda y que constan en la demanda; los intereses vigentes a partir de la fecha del estado de cuenta deudora; y, las costas judiciales. Fíjase como honorario profesional del patrocinador una suma equivalente al cinco por ciento (5%) de los valores que deben pagar los condenados, de los que se deducirá el porcentaje que pertenece al Colegio de Abogados del Guayas. Cúmplase, publíquese y notifíquese. **f) Dr. Vicente Rendón Aguilar.**

SEGUNDA INSTANCIA.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE GUAYAQUIL. SEXTA SALA. Guayaquil, 14 de diciembre de 1998. Las 08h20.

VISTOS: A fojas 26 del proceso comparece el abogado César Paladines Cruz, en calidad de apoderado especial de DINERS CLUB DEL ECUADOR y deduce demanda en contra de CHUPAMAR S.A. en la persona de su Gerente y Representante Legal María Isabel Baquerizo

Luque y Leonel Baquerizo Luque. Fundamenta su acción ejecutiva en el estado de cuenta que de fojas 5 a 20 consta en el proceso, por el uso de Tarjetas de Crédito Corporativas, tanto nacional, como internacional. La demanda ha sido citada legalmente, compareciendo el demandado Leonel Baquerizo Luque a fojas 29 sin deducir ninguna excepción y tampoco concurre a la audiencia de conciliación. La causa ha correspondido a este Tribunal, por el sorteo de Ley correspondiente, encontrándose en estado de resolver, por lo que para hacerlo se considera. **PRIMERO:** El proceso es válido, pues se ha tramitado en la vía que corresponde, sin que se haya omitido solemnidad sustancial alguna que la vicie. **SEGUNDO:** Los documentos aparejados a la demanda, surten efecto de conformidad con lo dispuesto en el Art. 198 del Código de Procedimiento Civil, han sido reproducidos por el actor en la etapa de prueba, con los cuales se demuestra el crédito demandado. **TERCERO:** No existe presentada por los demandados en el expediente, ninguna prueba tendiente a desvanecer los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, por todo lo expresado la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, confirma íntegramente el fallo recurrido. Publíquese y notifíquese. f) **Ab. Grace Campoverde Canepa. Dr. Jaime Roldós Garcés.- Ab. Franklin Ruales Veintimilla.**

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-
Quito, 21 de marzo del 2001; las 11h:15.-

VISTOS: Leonel Baquerizo Luque, por sus propios derechos, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Sexta Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil, que confirma la del inferior y declara con lugar la demanda, dentro del juicio verbal sumario que, por cobro de dinero, sigue el Ab. César Paladines en su calidad de apoderado especial de Diners Club del Ecuador S.A. Sociedad Financiera, en contra de María Isabel Baquerizo Luque, en su calidad de representante legal de Mariscos de Chupadores Chupamar S.A. y del recurrente. Dicho recurso es concedido, por lo que el proceso sube a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia. Habiéndose radicado la competencia por el sorteo de ley en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, y terminado la etapa de sustanciación de este proceso de casación, para resolver se considera: **PRIMERO:** Este Tribunal de Casación, reafirmando en lo resuelto en casos anteriores, considera que el ámbito de competencia dentro del cual puede actuar está dado por el propio recurrente en la determinación concreta, completa y exacta de una o más de las causales sustentadas por el artículo 3 de la Ley de Casación. En tal virtud, la Sala se limita a

analizar la acusación de que en la sentencia dictada por el tribunal de última instancia se han infringido las normas contenidas en los artículos 97, 355 numerales 3º. y 4º.; 358 y 843 del Código de Procedimiento Civil, así como la única causal en la cual se ha fundamentado el recurso presentado, es decir, la segunda del artículo 3 de la Ley de Casación.- **SEGUNDO:** Las acusaciones de que en el fallo impugnado se ha infringido el artículo 843 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto el tribunal ad quem indebidamente ha considerado a esta acción como ejecutiva, y porque se dice en la sentencia recurrida que los demandados no han propuesto excepciones de ninguna clase, carecen de sustento, toda vez que el mismo tribunal, en providencia que consta fs. 11 del cuaderno de segunda instancia, aclara de oficio la sentencia y expresa que por haberse deslizado un error de transcripción mecanográfica, se ha puesto en el fallo original la palabra “ejecutiva” y la frase “sin deducir ninguna excepción”, lo que “no corresponde a la redacción del fallo, lo cual se deja sin efecto”, y toda vez que los autos aclaratorios o ampliatorios se integran al fallo principal con el cual pasan a formar un todo unitario, se desecha esta acusación por carecer de fundamento.- **TERCERO:** El recurrente también acusa a la sentencia impugnada de que no se han evacuado todas las pruebas por él solicitadas, “violándose así el derecho constitucional a la legítima defensa que tenemos todos los ciudadanos de la República y procediéndose a fallar sobre autos diminutos...” Al respecto, la Sala anota: El artículo 24 numeral 10 de la Constitución Política de la República dice: “Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento...”; a su vez, el artículo 192 dispone: “El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”. Estas normas constitucionales se refieren a la garantía que el recurrente pretende se ha vulnerado; sin embargo, no es suficiente alegar in genere la trasgresión de una garantía constitucional, sino que se ha de determinar con claridad cuáles normas procesales han sido infringidas y de qué manera se ha violado el derecho constitucional a la legítima defensa del recurrente en indefensión o en qué forma se está sacrificando la realización de la justicia; por cierto que, con demasiada frecuencia, cuando un litigante no alcanza de los tribunales de justicia que le concedan toda su pretensión, alega la infracción de su derecho constitucional a la legítima defensa, una de las garantías del debido proceso. La Constitución ampara el derecho a la legítima defensa, y para asegurarlo, señala varias garantías básicas, las cuales a su vez están ampliamente desarrolladas en los cuerpos normativos procesales. Por lo tanto, no es suficiente alegar en forma genérica que se ha atropellado esta garantía, sino que se han de especificar las disposiciones de la ley procesal que la desarrollan. Además, en virtud del principio dispositivo, es obligación de las partes dar el impulso suficiente al proceso, a fin de que se evacuen todas las diligencias probatorias que se

han solicitado, sin que sea procedente imputar a los juzgadores la negligencia en ese impulso, sobretodo si dichas diligencias tienen por objeto inspecciones judiciales o la realización de una confesión judicial en otros sitios distantes del lugar donde tiene curso la litis, como sucede en la especie (fojas 34 del cuaderno de primer nivel), por lo que la acusación del recurrente de que se ha infringido su derecho constitucional a la legítima defensa carece de sustento. Por último, más adelante se volverá sobre estas disposiciones constitucionales al realizar el análisis del siguiente cargo.- **CUARTO:** El recurrente acusa al fallo de última instancia de incurrir en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, porque: 1) se transgredió el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto no se citó con la demanda a la compañía demandada en la interpuesta persona de su representante legal, sino a otra persona que no la representaba; 2) Se han inobservado los artículos 355 numerales 3º. y 4º. y 358 ibídem, porque “En la sentencia dictada el 14 de diciembre de 1998, a las 08H20, en su considerando primero se expresa lo siguiente: «El proceso es válido, pues se ha tramitado en la vía que corresponde, sin que se haya omitido solemnidad sustancial alguna que la vicie.» Según lo dispone el artículo 355, numerales 3º y 4º del Código de Procedimiento Civil, «Son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias: 3º.- Legitimidad de personería; y 4º.- Citación de la demandada al demandado o a quien legalmente lo represente.» Adicionalmente el artículo 358 del mismo cuerpo de leyes adjetivas dispone: «Los jueces y tribunales declararán la nulidad aunque las partes no hubieren alegado la omisión, cuando se trate de las solemnidades 1º, 2º, 3º, 4º, 6º y 7º comunes a todos los juicios e instancias...» Como en el presente caso se ha citado a María Isabel Baquerizo Luque, por los derechos que supuestamente representaba de Mariscos de Chupadores Chupamar S.A., y no se ha citado a Leonel Baquerizo Puga, verdadero representante de la compañía demandada, se debió declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la citación de la demanda.” Respecto a estos cargos, este Tribunal anota: a) La demanda se presentó ante la oficina de sorteos de la ciudad de Guayaquil el 26 de enero de 1994, y avocó conocimiento de la misma y la calificó el señor Juez Octavo de lo Civil de Guayaquil el 1 de febrero de dicho año (fs. 27) y se citó mediante boletas entregadas los días 2, 3 y 4 de agosto de 1995, es decir, a los 18 meses (fs. 28); b) La compañía “Mariscos de Chupadores Chupamar S.A.” tenía como accionistas, según autodeclaración de 21 de mayo de 1990 (fs. 1 y 2) a los señores: Abogado Leonel Baquerizo Luque (99.5 por ciento), Leonel Baquerizo Puga (0.125 por ciento), Isabel Luque de Baquerizo (0.125 por ciento), María Isabel Baquerizo (0.125 por ciento) y Guillermo Sotomayor (0.125 por ciento); c) La referida compañía tenía como gerentes al abogado Leonel Baquerizo Luque (fs. 1 y 2) y María Isabel Baquerizo (fs.3 y 4); d) La demanda se dedujo contra Mariscos de Chupadores Chupamar S.A. representada por María Isabel Baquerizo y contra el abogado Leonel Baquerizo Luque y María Isabel Baquerizo Luque por sus propios derechos; e) El abogado Leonel Baquerizo Luque se presentó señalando domicilio el 14 de

agosto de 1995 (fs. 29); f) Ni el abogado Leonel Baquerizo Luque ni la señora María Isabel Baquerizo concurren a la audiencia de conciliación y contestación a la demanda realizada el 27 de septiembre de 1995 (fs. 31); el abogado Leonel Baquerizo Luque solicita, dentro del término de prueba, que se pida al Registrador Mercantil del cantón Guayaquil que certifique el nombre de las personas que ejercían a la fecha del petitorio la representación legal de Mariscos de Chupadores Chupamar S.A. (fs. 34); el Registrador Mercantil de Guayaquil envía, con fecha 29 de diciembre de 1995, copia certificada del nombramiento de Leonel Baquerizo Puga como Gerente de la referida compañía, en reemplazo de María Isabel Baquerizo Puga, inscrito con fecha 26 de abril de 1995.- **QUINTO:** La parte de un proceso, en general, y con mayor razón si es un abogado, ha de observar una conducta de buena fe y lealtad procesal, sin acudir a la sorpresa judicial ni utilizar subterfugios para obstaculizar la marcha del proceso. El derecho a la tutela judicial es una de las garantías básicas de la persona, pero este derecho no implica el utilizar al proceso como un mecanismo para evadir el cumplimiento de los deberes y las obligaciones o de perjudicar a terceros privándoles de lo suyo. El proceso es un medio para la realización de la justicia, pero cuando se lo emplea como instrumento para privar a otros de aquello a lo que tienen derecho, estamos frente a un típico abuso del derecho. Se pueden utilizar los recursos procesales pero siempre animados de buena fe y lealtad procesal, sin provocar un retardo injustificado del proceso o su ineficacia, sino como medio para alcanzar que se realice la justicia subsanando oportunamente los obstáculos procesales que impedirían su desarrollo y conducirían a una resolución inhibitoria, a fin de que esta se produzca con la mayor brevedad posible y no se dé al final de un largo y tortuoso camino, en circunstancias que inclusive ya sea imposible alcanzar el que se realice la justicia, sea porque opere la prescripción extintiva, sea porque los costos resultan exorbitantes o desalentadores. Cada vez que como corolario de un lento y complejo proceso el actor se encuentra que todo su esfuerzo ha sido inútil y que debe recomenzar el camino, se resquebraja seriamente la confianza de la sociedad en el sistema judicial, se afecta en definitiva a un valor fundamental de la estructura social. Cada parte que utiliza indebidamente al proceso como un instrumento de inequidad está atentando directamente contra la paz social y la convivencia civilizada. Si la imagen de la administración de justicia sufre una permanente erosión y la sociedad civil confía cada vez menos en ella, no es solamente por responsabilidad directa de los jueces, sino también, y en gran medida, por el indebido comportamiento de las partes en el proceso, que no tienen conciencia de su responsabilidad social y abusan de su derecho a la defensa en juicio. Las llamadas excepciones dilatorias en nuestro proceso deben proponerse en forma expresa y oportuna, en la fase señalada para el efecto en cada clase de procesos, a fin de que la otra parte esté en capacidad de enmendar el procedimiento a su debido tiempo, esta es la razón por la que, en el juicio ordinario una vez vencido el término para contestar a la demanda, únicamente es posible reformar las excepciones

dilatorias pero no proponerlas, a diferencia de las excepciones perentorias que se las puede plantear hasta cuando se reciba la causa a prueba, según lo señala el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil; por lo tanto no actuar transparentemente, deduciendo las excepciones dilatorias de manera expresa y oportuna, ha de ser considerado por el juez como una demostración de que se quiere embarazar el proceso y retardar la marcha de la justicia, lo cual no implica, precisamente, buena fe y lealtad procesal: este deber de comportamiento, que las partes han de observar a lo largo de todo el proceso, impone hablar en su oportunidad, por lo que el silencio siempre ha de interpretarse en contra de quien lo guarda. Cuando una de las partes no concurre a la audiencia de conciliación dentro del juicio verbal sumario, se procede en rebeldía, lo cual significa que si bien se considera su contestación como negativa simple de los fundamentos de la demanda (artículo 107 del Código de Procedimiento Civil), también constituye rebeldía a la orden del juez de comparecer ante él (artículo 847 ibidem) y demostración de su negativa al deber de colaborar con la administración de justicia; es en definitiva clara manifestación de su reticencia y tal actitud debe ser apreciada por el juez como indicio en su contra, y para la condena en costas como indicio de mala fe (artículos 107, 409 inciso final y 852 ibidem).- **SEXTO:** En la actuación de las personas jurídicas, se ha observado en los últimos años una notoria y perjudicial desviación, ya que se le usa como camino oblicuo o desviado para burlar la ley o perjudicar a terceros. Pierde por completo su razón de ser y su justificación económica y social; ya no es más una persona ideal o moral y se convierte en una mera figura formal, un recurso técnico que permite alcanzar proditorios fines. Como señala la doctrina, “la reducción de ella (la persona jurídica) a una mera figura formal, a un mero recurso técnico, va a permitir su utilización para otros fines, privativos de las personas que los integran y distintos de los de la realidad jurídica para la que nació esta figura. Esta situación desemboca en el llamado «abuso» de la persona jurídica, que se manifiesta, principalmente, en el ámbito de las sociedades de capital.” (Carmen Boldó Roda, “La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho privado español”, R.D.C.O., año 30, Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 1 y ss.). Frente a estos abusos, hay que reaccionar desestimando la personalidad jurídica, es decir, descorriendo el velo que separa a los terceros con los verdaderos destinatarios finales de los resultados de un negocio jurídico llegar hasta éstos, a fin de impedir que la figura societaria se utilice desviadamente como un mecanismo para perjudicar a terceros, sean acreedores a quienes se les obstaculizaría o impediría el que puedan alcanzar el cumplimiento de sus créditos, sean legítimos titulares de un bien o un derecho a quienes se les privaría o despojaría de ellos. Estas son situaciones extremas, que deben analizarse con sumo cuidado, ya que no puede afectarse la seguridad jurídica, pero tampoco puede a pretexto de proteger este valor, permitir el abuso del derecho o el fraude a la ley mediante el abuso de la institución societaria.- **SÉPTIMO:** En la especie, como se ha anotado en el considerando CUARTO de esta resolución, el abogado Leonel

Baquerizo Luque declaró a la compañía actora ser titular del 99.5 por ciento de las acciones de la compañía “Mariscos de Chupadores Chupamar S.A.” mientras que los restantes cuatro accionistas, señores: Leonel Baquerizo Puga, Isabel Luque de Baquerizo, María Isabel Baquerizo y Guillermo Sotomayor apenas son titulares del 0.5 por ciento, es decir, cada uno de ellos del 0.125 por ciento, aparte de que, por los apellidos, se puede concluir que tres de ellos son familiares del antes mencionado abogado Leonel Baquerizo Luque, el cual fue en un momento gerente de la compañía, habiendo sido posteriormente María Isabel Baquerizo y, por último, Leonel Baquerizo Puga; igualmente aparece de los autos que tanto el abogado Baquerizo Luque como María Isabel Baquerizo Luque fueron legalmente citados y que ninguno de ellos se presentó a la audiencia de conciliación y contestación a la demanda para proponer excepciones y más medios de defensa, a pesar de que el abogado Baquerizo Luque señaló domicilio a los pocos días de perfeccionarse la citación, siendo de relieves que de modo alguno atacó la existencia ni la validez de las obligaciones cuyo cumplimiento se ha reclamado en este juicio; es únicamente dentro de la estación probatoria que el Abogado Baquerizo pide se oficie al Señor Registrador Mercantil del cantón Guayaquil para que certifique el nombre del gerente y representante legal de la compañía demandada y de la certificación de este funcionario consta que en medio del extremadamente dilatado espacio de tiempo que medió entre el ingreso de la demanda y su citación (18 meses), se inscribió nuevo nombramiento a favor de Leonel Baquerizo Puga. Todo lo anterior lleva a concluir que detrás de la figura societaria se encuentran los intereses del abogado Leonel Baquerizo Luque; que los restantes accionistas no tienen ningún interés real en la misma; que la persona jurídica se ha reducido a “una mera figura formal, a un mero recurso técnico” y que al no haberse alegado ni probado excepciones de fondo, que acrediten la inexistencia o la invalidez de las obligaciones demandadas, la institución societaria está siendo utilizada para otros fines privativos del abogado Baquerizo Luque, titular del 99.5 por ciento del capital social “y distintos de los de la realidad jurídica para la que nació esta figura”, esto es, para evadir el cumplimiento de las obligaciones demandadas, con verdadero «abuso» de la persona jurídica, **lo que legitima al juzgador para desestimar la personalidad jurídica** y, admitiendo la demanda, disponer que la compañía demandada, simple apariencia o simulacro de persona jurídica, y el abogado Leonel Baquerizo Luque, quien se encuentra detrás de ella y es quien en definitiva se beneficiaría de cualquier sentencia desestimatoria, cumplan con las obligaciones que, según aparece de los fallos de instancia y no ha sido contradicho en momento alguno, son legales y plenamente válidos. Si bien el fallo recurrido no ha realizado una amplia motivación, sin embargo su parte resolutive se encuentra ajustada a derecho, por los razonamientos que anteceden, y con fundamento en lo que dispone la parte final de la regla séptima del artículo 18 del Código Civil, por constituir un principio de derecho universal la desestimación de la personalidad jurídica para evitar un abuso de la institución sea en fraude a la

ley, o abusando del derecho en perjuicio de intereses de terceros. Por las consideraciones que anteceden, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, se rechaza el recurso de casación interpuesto por el abogado Leonel Baquerizo Luque, por carecer de fundamento.- En cumplimiento de lo que dispone el artículo 17, reformado, de la Ley de Casación, entréguese en su totalidad el monto de la caución constituida por la recurrente a la parte perjudicada por la demora en la ejecución del fallo.- Con costas a cargo del recurrente.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.- **f) Drs. Galo Galarza Paz.- Santiago Andrade Ubidia.- Ernesto Albán Gómez.**³⁹

³⁹ Gaceta Judicial, Serie XVII, No. 5, pp. 1261-1265

ANEXO 2

ROQUE SAMUEL VERA MERO, ecuatoriano, de 33 años de edad, de estado civil soltero, de actividad estilista (peinador). Con todo respeto comparezco ante su autoridad, atentamente presento la siguiente demanda de nulidad de inscripción de partida de nacimiento:

PRIMERA: ANTECEDENTES.- Señor Juez, de la copia íntegra de mi partida de nacimiento que acompaño a la presente demanda, venderá a su conocimiento que me encuentro inscrito con los nombres y apellidos de ROQUE SAMUEL VERA MERO, nacido el 18 de enero de 1971, en la parroquia Leonidas Plaza, cantón Sucre de la ciudad de Bahía de Caráquez, provincia de Manabí, hijo de Jacinto Vera Lucas y de Mariana Mero. Mas sucede señor Juez que, el día 06 de enero del 2004 mediante intervención quirúrgica llevada a cabo en la Clínica Santa Marianita de Jesús, situada en la calle Manuel Lasso No. 150 y Av. Mariana de Jesús de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, de propiedad del Dr. Francisco Oswaldo Morales López, se procedió a efectuar el cambio de mi sexo masculino al de femenino, razón por lo que en la actualidad soy una “MUJER”.

SEGUNDA: PETICIÓN.- Con estos antecedentes, vengo ante su autoridad por mis propios derechos y plenamente fundamentado en lo que dispone el Art. 89 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación vigente, demando, en JUICIO SUMARIO LA NULIDAD DE LA INSCRIPCIÓN DE MI PARTIDA DE NACIMIENTO, que adjunto al proceso, debiendo ordenarse una nueva inscripción de mi nacimiento bajo los siguientes datos:

ARIANA PAOLA VERA MERO, nacida en la parroquia Leonidas Plaza, cantón Sucre de la ciudad de Bahía de Caráquez, provincia de Manabí, el 18 de enero de 1971, de sexo FEMENINO hija del señor Jacinto Vera Lucas en calidad de padre y de la señora Mariana Mero en calidad de madre.

Adjunto a la presente demanda el certificado médico extendido por el Dr. Francisco Oswaldo Morales López que justifica mi petición.

TERCERA: CUANTÍA.- La cuantía por su naturaleza es indeterminada.

CUARTA: AUTORIDADES.- En la presente causa se contará con los señores: Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación o con el señor Jefe Provincial del Registro Civil de Pichincha y con uno de los señores Agentes Fiscales de Pichincha que usted designe.

QUINTO: DOMICILIO LEGAL.- Las notificaciones que me correspondan las recibiré... que le pertenece al Dr. ... profesional del derecho al que de manera expresa le faculto firmar todos mis escritos necesarios tendiente a la defensa de mis derechos e intereses hasta la finalización.

Previo el sorteo de ley correspondió el conocimiento de la demanda la Juzgado Octavo de lo Civil de Pichincha, cuyo Juez Suplente dictó el siguiente auto de admisión a trámite y calificación de la demanda:

JUZGADO OCTAVO DE LO CIVIL DE PICHINCHA.- Quito, 22 de enero del 2004, las 15h13.- Vistos: Avoco conocimiento de la causa en calidad de Juez Suplente de esta Judicatura mediante Oficio.... La demanda que antecede es clara, completa y reúne los requisitos de ley; en consecuencia tramítense sumariamente.- Agruéguese al proceso los documentos que se acompañan.- Oportunamente cuéntese con uno de los señores Agentes Fiscales de lo Penal de Pichincha y director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación.- Téngase en cuenta el casillero judicial señalado por el actor y la facultad concedida al abogado defensor.- Notifíquese.-

A petición del defensor del actor se publicó un extracto de la demanda, del auto inicial en el diario “La Hora” con circulación en esta ciudad de Quito, el 02 de abril del 2004.

Notificados los funcionarios públicos referidos, la representante del Ministerio Público dijo:

Señor Juez: Por no haber óbice legal y por así disponerlo el Art. 89 de la Ley de Registro Civil y Cedulación, manifiesto mi asentimiento para que se tramite la nulidad de la partida de nacimiento por cambio de sexo del ciudadano ROQUE SAMUEL VERA MERO, quien se llamará ARIANA PAOLA VERA MERO. Quito, 3 de junio del 2004. (sic) f) Dra...

El Delegado del Director General del Registro Civil manifestó:

Señor Juez. Dentro de la presente causa si, se justifican los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda de rectificación de partida propuesta en su Judicatura se justifican que se dicte la sentencia de ley. 9 de junio del 2004. (sic) f) Dr...

A petición del actor se recibe la causa a prueba por el término de cuatro días, en el que se presentan prueba testimonial y se practica un reconocimiento médico legal del demandante.

El Juez dicta la siguiente sentencia, previa transcripción de la demanda:

PRIMERO.- Se declara la validez procesal al no haberse omitido solemnidad sustancial alguna que influya o pueda influir en la decisión de la causa.- SEGUNDO.- Con el certificado médico del señor Dr. Francisco Morales L., médico cirujano de la Clínica Santa Marianita de Jesús, se desprende que el actor se ha sometido a cirugía de cambio de sexo, previo los exámenes psicológicos y clínicos.- TERCERO.- A fojas 9 del proceso consta la publicación realizada en el diario La Hora de esta ciudad, sin que haya oposición alguna.- CUATRO.- Se ha designado como perito al Dr. Luis Eduardo Cisneros Yépez, quien presenta su informe a fojas 36 a 46, en el que la parte pertinente de las conclusiones determina que el actor ha sido intervenido quirúrgicamente como lo manifiesta su médico tratante para cambio de sexo, el mismo que es irreversible.- Que se trata de un cambio de sexo a nivel de sus genitales externos.- QUINTO.- Con las declaraciones testimoniales de los señores..., se ha justificado que el actor se ha sometido a una intervención quirúrgica, en la que se ha cambiado de sexo masculino a femenino, teniendo en la actualidad características físicas, anatómicas y funcionales de mujer en su cuerpo.- SEXTO.- La Dra..., Agente Fiscal de lo Penal de Pichincha, así como el Director General del Registro Civil, han emitido sus opiniones favorables según consta a fs. 11 vta. y 12 respectivamente.- Por las consideraciones expuestas; ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se acepta la demanda, consecuentemente se rectifica la partida de nacimiento correspondiente a Roque Samuel Vera Mero, debiendo constar con los nombres de Ariana Paola Vera Mero, nacida en Bahía de Caráquez, cantón Sucre, provincia de Manabí, el 18 de enero de 1971, de sexo femenino, hija de Jacinto Vera Lucas y de Mariana Mero.- Ejecutoriada que sea esta sentencia confiera copias certificadas e inscribase en el Registro Civil correspondiente.- Notifíquese.- f) Dr... Juez Suplente.⁴⁰

⁴⁰ Juicio Sumario No. 38-2004, Juzgado Octavo de lo Civil de Pichincha.

ANEXO 3

Nuestra Corte Suprema de Justicia, por intermedio de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, en la Resolución No. 229 de 19 de junio del 2001, acerca del ritualismo procesal dijo:

Resolución No. 229-2001

Juicio No. 168-2000

R.O. N° 379 de 30 julio 2001

Juicio verbal sumario que, por indemnización de daños y perjuicios siguió Carlos Cevallos Delgado y otra contra Galo Palacio Barberán y otros.

PRIMERA INSTANCIA.

JUZGADO QUINTO DE LO CIVIL DE MANABÍ. Manta, noviembre 03 de 1999, las 08h15. **VISTOS:** De fojas 35 a 37 de los autos del primer cuaderno, comparece el Ab. Eduardo Enrique Benavídez Joza, en su calidad de apoderado especial y Procurador de los cónyuges Carlos Julio Ceballos Delgado y Elma Alfonsina Barreto Arteaga de Ceballos, calidad que la acredita con el instrumento público celebrado ante el Notario Público Segundo del cantón Manta, Sr. José Vicente Alava Zambrano, y manifiesta en su libelo, que en esta ciudad de Manta, con fecha 1 de octubre de 1995, sus poderdantes y el señor Ing. Galo Palacio Barberán, mediante instrumento privado, suscribieron un contrato denominado "Contrato de Reservación y Promesas de Actos y Contratos Conforme al Régimen de Propiedad Horizontal", mediante el cual entre otras convenciones, el Ing. Galo Palacio Barberán, por el precio único de 72.000,00 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, se comprometió a construir un departamento signado con el No. 603 en el conjunto residencial "Peñón Del Mar", ubicado en esta ciudad de Manta y sujeto al régimen de la propiedad horizontal; con una superficie 229,14 metros cuadrados, incluida la terraza; construcción que debió cumplirse de conformidad con los planos y especificaciones técnicas convenidas, que adjunta a su libelo. Que como consecuencia del mencionado contrato, se celebró el 1 de abril de 1996, ante el Notario Tercero de este cantón, Ab. Raúl Eduardo González Melgar, la escritura pública de compraventa e hipoteca abierta del mismo bien mandado a construir, otorgado por los cónyuges Ing. Galo Palacio Barberán y Sra. Graciela Hanze De Palacio y los cónyuges señor Julio Palacio Barberán y señora Pilar Fierro

Maldonado de Palacio a favor de sus poderdantes, por la venta del departamento signado con el No. 603, del sexto piso del edificio denominado "Peñón del Mar", número uno; y sus parqueaderos números 41 y 42, con un área de 36.80 metros cuadrados; y más área comunes descritas en los respectivos planos; correspondiéndole una alícuota de 4.1624%, cuya ubicación se encuentra en el sector de Barbasquillo de esta ciudad de Manta, constando sus linderos y dimensiones en dicho instrumento. Que en ese mismo instrumento también intervino el Ing. Boris Davis Jervis Scott, en su calidad de Gerente General del Banco la Previsora, Sucursal Manta, por cuanto los compradores, esto es, sus poderdantes, constituyeron hipoteca abierta de dicho banco, para garantizar los préstamos que les habían concedido el mencionado Banco, y de esta forma poder pagar los valores que le adeudaban a los hermanos Palacio Barberán por la compra del departamento ya descrito anteriormente. Que esta escritura fue inscrita en el Registro de la Propiedad de este cantón, el día 24 de abril de 1996, tal como consta en el copia certificada que adjunta. Que a los pocos meses de haberse celebrado la escritura pública de compraventa del departamento y de estar ocupado por sus poderdantes, comenzaron a aparecer impresionantes problemas derivados de la construcción del edificio "Peñón del Mar", tales como asentamiento de su estructura, por los marcados desniveles en el piso, en aproximadamente la mitad del área del departamento, llegando a romperse vidrios de las ventanas y desprendimientos en espacios considerables de las paredes; así como figuras, las mismas que día a día han venido acrecentándose, formando diversas grietas; además de notarse filtraciones de agua en mampostería y piso superior, posiblemente debido a rupturas de cañerías de aguas internas. Haciendo notar que los departamentos en pisos superiores no se encuentran habitados. Y que esos problemas, en principio de tipo estético y posteriormente de estructura, han causado justificada preocupación y considerable temor, más aún, por conocerse que un departamento arriba del de sus poderdantes ha tenido que ser desocupado, ya que según su indignado propietario Ab. Juan Bosco Moreira, es imposible vivir en su departamento, por el miedo a perecer en caso de que la estructura del edificio llegue a presentar mayores deficiencias. Y más aún, que meses atrás fue visible un hueco profundo que dejaba visto las vigas, columnas y demás elementos de las bases y estructuras del edificio, por debajo del departamento que habitan sus poderdantes, por lo cual, ellos han tomado la decisión de abandonar el mismo, para defender su integridad; y lamentablemente, tener que someterse a considerables gastos para cambiarse de casa. Que no obstante, sus poderdantes han realizado múltiples requerimientos personales al Ing. Galo Palacio Barberán, para que repare los daños en el departamento y que pese a sus ofrecimientos formales, éste no los ha cumplido; demostrando

un quemeimportismo a este grave problema. Que por otro lado, en el referido contrato de construcción, detalla la alta clase de materiales que el constructor iba a utilizar en la construcción y en especial en el departamento adquirido, así como el perfecto acabado de todas sus áreas. Que no obstante que han transcurrido varios meses, dicho constructor y los vendedores no han cumplido con todas las obras complementarias y servicios generales que constan en los instrumentos que adjunta; como tampoco en la reparación de los daños que han aparecido. Revelando la utilización de pésimos materiales en la construcción, incluyendo hasta la pésima calidad de la pintura utilizada. Que por tales antecedentes demanda a los cónyuges Ing. Galo Palacio Barberán y Graciela Hanze Bello de Palacio y Julio Palacio Barberán y Pilar Fierro Maldonado de Palacio, para que en sentencia sean condenados a pagar los daños y perjuicios por la indemnización compensatoria, causada por la deficiencia en la construcción del departamento adquirido; y por indemnización moratoria, por el incumplimiento de las obras complementarias del edificio. Fundando su demanda en las disposiciones legales contenidas en el Título XXV, Parágrafo 7 del Código Civil; y por las obligaciones de los vendedores contenidas en el Art. 1793 del Código Civil, en relación con la regla 1 del Art. 1594 del mismo cuerpo de leyes; y señalando que su demanda se tramitará en la vía verbal sumaria de conformidad en los Arts. 843 y siguientes del Código de Procedimiento Civil admitida al trámite la demanda y citados los demandados en legal y debida forma, los mismos comparecieron a juicio, designando abogados defensores y domicilio legal. Convocados que fueron las partes a audiencia de conciliación, la misma se verificó en el día y hora señalado oportunamente, diligencia en la que los demandados, cada uno de ellos, contestaron la demanda y plantearon sus excepciones que se las admitió al trámite de ley. Trabada así la litis y cumplida la etapa de prueba; encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera lo siguiente. **PRIMERO:** En la tramitación de la presente causa se han cumplido con todas las solemnidades inherentes a esta clase de juicios. Consecuentemente se lo declara válido. **SEGUNDO:** La relación jurídica entre las partes litigantes se encuentra plenamente establecida, ya por el contrario, que obra fojas 32 a 34 del proceso, así como por la escritura pública de compraventa e hipoteca, que obra a fojas 6 a 22 de los autos. **TERCERO:** De conformidad con lo dispuesto en el Art. 277 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre los que se trabó la litis; para hacerlo hago las siguientes observaciones: UNO: La competencia de esta judicatura, para conocer y resolver lo planteado en la demanda, que dio inicio a esta causa, se encuentra plenamente establecida por los siguientes fundamentos jurídicos: a) Por haberse prevenido la misma mediante el sorteo de

Ley y por efectuarse en forma legal las correspondientes citaciones a los demandados, tal como lo establece el Art. (Sic) del Código de Procedimiento Civil; b) Por la facultad del actor de escoger el fuero competente, según lo dispuesto en los ordinales 4º y 5º del Art. 30 del Código de Procedimiento Civil; pues igual criterio de aplicación de lo dispuesto en la mencionada norma legal ha emitido la Excma. Corte Suprema de Justicia, en sus fallos contenidos en la Gaceta Judicial Serie V, No. 31 pág. 762; en la Gaceta Judicial Serie XII, No. 13, página 2906 y en el Prontuario de Jurisprudencia No. 1 pág. 86; y más aún, por lo dispuesto en el Art. 32 inciso 1ro del mismo cuerpo legal, que establece que no se aplicará el fuero privilegiado, si es que la demanda versa sobre asuntos para cuya resolución, como en este caso, sean necesarios conocimientos locales o inspección judicial; y c) Además, por así expresamente encontrarse convenido por las partes contratantes, en la cláusula de las cláusulas generales del contrato privado; y también en la escritura pública de venta e hipoteca abierta del bien inmueble, en su cláusula décima cuarto: Domicilio, Jurisdicción y Competencia, ambos materia de este pleito. Consecuentemente, por lo que antecede no procede la excepción de incompetencia alegada por la parte demandada. DOS: Según el Art. 898 del Código de Procedimiento Civil, están sujetas al trámite verbal sumario, las demandas que por disposición de la Ley o por convenio de las partes deben sustanciarse verbal y sumariamente. En el presente caso, los intervinientes al otorgamiento y suscripción del contrato denominado "Contrato de Reservación y Promesas de Actos y Contratos conforme al régimen de Propiedad Horizontal"; en la cláusula tercera, de la sección Cláusula Generales, convienen y declaran "Que se someten expresamente a la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales ordinarios de la provincia de Manabí y al trámite del juicio verbal sumario"; en consecuencia, es procedente la vía escogida por el accionante; rechazándose excepción que impugna el mencionado trámite. Con igual criterio encontramos la jurisprudencia contenida en las páginas 2.237 a la 2.244 de la Gaceta Judicial Serie XII, No. 11; y en la página 3.080 de la Gaceta Judicial Serie No. XII, No. 13 y en la página 1.649 de la Gaceta Judicial Serie No. XII, No. 8. Respecto a la misma excepción que fue planteada por los otros codemandados, aplico al mismo argumento jurídico contenido en la sentencia de Tercera Instancia que se encuentran en la página 2.159 de la Gaceta Judicial Serie XII No. 10 que textualmente dice: "Que con atinencia a la nulidad declarada fundándola en la particularidad de efecto legal en el modo de proponer la demanda, el Tribunal estima que ella no procede, dado que, si bien es exacto que el Art. 23 de la Ley de Licitaciones vigentes al tiempo de la demanda consigna para el adjudicatario el derecho a demandar el otorgamiento y suscripción del contrato o los daños y perjuicios a los culpables, personalmente, de no haber

firmado el contrato oportunamente; sin embargo, el hecho de dirigir la acción contra una u otra persona que se la considera llamada a responder por los daños y perjuicios que constituye en fondo, lo principal del asunto, no puede provocar el cambio procesal al trámite del juicio ordinario cuando es evidente que el Art. 21 de la misma ley, aplicable al caso en estudios, prevé que las demandas del adjudicatario, de que trata el Art. 23 se tramitará en juicio verbal sumario... "Razones por las que igualmente rechazo las mismas excepciones. TRES. En virtud de lo dispuesto en el Art. 75 del Código de Procedimiento Civil, es procedente la acumulación de acciones cuando estas tienen una base común en una misma materia, para que se ventilen y decidan por un mismo juez en un solo procedimiento. La acumulación de acciones se fundamenta en la unidad procesal que indudablemente importan ventajas en una mayor claridad de las pruebas con ahorro de tiempo y gastos. Quien puede acumular acciones es el actor, que propone la demanda. Por excepción, el demandado también podría acumular acciones en caso de la reconvención. Por otro lado, cuando por una parte hay varias personas, se dice que son litis consortes. Lo que se da en realidad es una acumulación de sujetos, ya porque sean varias personas la parte actora, ya porque sean varias personas la parte demandada, o porque sean varias personas la parte actora y varias personas la parte demandada. En el presente caso, el accionante representa a una sociedad conyugal, lógicamente integrada por marido y mujer la parte demandada, integrada por dos copropietarios y sus respectivos cónyuges. Situación esta jurídicamente procedente y prevista en nuestro Código Civil en sus Arts. 1481; 1010; 1557; 1570. Con este razonamiento establezco la improcedencia de esta excepción propuesta por los demandados. Este criterio jurídico se encuentra en total armonía con la jurisprudencia contenida en la Gaceta Judicial Serie IX, No. 15 página 1691. **CUARTO:** En virtud de lo dispuesto en el Art. 1.588 del Código Civil, todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. En el presente caso, el accionante fundamenta su demanda, en las convenciones que constan en los contratos que adjunta a su libelo, suscrito entre el Ing. Galo Palacio Barberán, en calidad de contratista; y Carlos Julio Ceballos Delgado, en calidad, de contratante; instrumento en el cual, el contratista se compromete a la reservación del departamento No. 603, con una superficie de 229,14 mts. cuadrados, incluida la terraza; por el valor único de 72 mil dólares que incluye el valor de la parte proporcional de los bienes comunes del edificio, según se especifica en el anexo adjunto (cláusula segunda de la primera parte del contrato denominado "Contrato de Reservación"); y como consecuencia de dicha reservación, las mismas partes convienen en otros actos y contratos que constan en dicho instrumento: Venta de alícuota de

terreno; contrato de construcción; cláusula penal; entrega de obras; y otros convenios. El demandado contratista, en la contestación a la demanda impugna dicho contrato por haberse celebrado mediante escritura privada; ser "insolomne"; por contener una promesa de celebrar un contrato de compraventa del departamento. Como dicho instrumento privado, adjunto a la demanda, no ha sido redargüido de falso, y al contrario, ha servido también como fundamento de las excepciones del demandado. Para esta judicatura; el contrato en referencia es válido, por cuanto reúne los requisitos generales señalados en el Art. 1488 del Código Civil; ya por haber sido expresamente reconocido su firma y rúbrica por el contratista, en la diligencia de la confesión judicial, constate a fojas 475 a 476 del quinto cuaderno que demuestra el consentimiento indispensable en toda convención, como por contener los elementos básicos para la validez de un contrato de construcción, esto es, la ejecución de una obra determinada y el precio único prefijado por las partes. Así lo afirman los profesores Alessandri y Somarriva, en su obra Curso de Derecho Civil, Tomo IV, "Fuentes de las obligaciones", página 480. Sus alegaciones, respecto a la falta de solemnidad, por no haberse celebrado en escritura pública, por cuanto entre sus varias convenciones existe una de las promesas de venta del bien inmueble, no por esto deja el contrato de ser un acto jurídico como realidad o hecho concreto y también como manifestación de voluntad. Es decir, la promesa de venta podría haber sido un acto ineficaz, precisamente por su nulidad, pero no un acto inexistente. Pero esta nulidad que la ley la califica como "nulidad relativa" mas tarde, en virtud de la suscripción de la correspondiente escritura pública de compraventa del mismo inmueble, cuyo instrumento consta de fojas 6 a fojas 22 de los autos convirtió un acto existente pero ineficaz, en un acto real y jurídicamente valedero. Así lo establece el Art. 1724 del Código Civil. Por otro lado la ley permite que en un mismo contrato o documento puedan existir actos nulos e ineficaces y actos válidos jurídicamente exigibles. Este criterio jurídico lo confirma la jurisprudencia contenida en la Gaceta Judicial Serie XV, No 7 de página 1060 a la página 1977. Además consta en el acta de audiencia de conciliación, que obra a fojas 61 vuelta a 65 de los autos, en el numeral 3) de la contestación a la demanda que el demandado Ing. Galo Palacio Barberán, que textualmente dice: "una vez que se construyó con las obras muertas (Sic) procedí junto con mi mujer y mi cuñada y mi hermano, el 1 de abril de 1996, a cumplir con tal contrato informal de promesa de compraventa celebrando la escritura pública definitiva de compraventa del detallado departamento; más no celebré una escritura pública de entrega de obra, como suelo hacer en los contratos de construcción, esto también demuestra que jamás existió tal contrato de construcción que aduce la contraparte". Dicha afirmación establece la intención de cumplir el

contrato por parte de todos los copropietarios del condominio "Peñón del Mar". **QUINTO:** Los otros codemandados del Ing. Galo Palacio Barberán, se han excepcionado de su falta de responsabilidad civil en esta causa, por no haber suscrito el contrato de construcción, materia de la presente causa. Al respecto, la judicatura hace las siguientes observaciones: 1. En virtud del convenio de construcción, suscrito entre los accionantes y el Ing. Galo Palacio Barberán, pactado por el precio fijo, único y total de 72 mil dólares americanos U.S., esta situación se adecua al caso previsto en el primer inciso del Art. 1957 del Código Civil, en consecuencia, por disposición expresa de la ley, este contrato es también de venta. Y en efecto, en el presente caso, así se ha cumplido, como lo demuestran las pruebas que obran de autos. De conformidad con lo dispuesto en el Art. 1964 ibídem, regla 3ª. el empresario contratista, durante diez años subsiguientes a la entrega de la obra material, es responsable por vicios de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario debió haber conocido, o por vicio de los materiales empleados en la construcción. 2. Consta en autos, que el Ing. Galo Palacio Barberán era el autorizado para realizar todas las negociaciones de los diferentes departamentos del condominio "Peñón del Mar", pactando precios, forma de pago y otras formalidades. 3. Si bien es cierto que estos codemandados no intervinieron en la suscripción de dicho instrumento; no es menos ciertos, que siendo los hermanos Palacio Barberán y sus respectivos cónyuges, propietarios únicos y exclusivos del condominio "Peñón del Mar", ellos intervinieron en la suscripción de la escritura pública que contiene la venta del bien inmueble, instrumento en el cual todos los vendedores demandados declaran en la cláusula Cuarta: PRECIO "haber recibido de manos de los compradores, en moneda de curso legal y corriente", dicho precio. Si ellos se beneficiaron con dicha venta al recibir el valor convenido con los compradores, y dicho bien, al presentar graves daños que amenazan su ruina total, los hace responsables civilmente y en conjunto. Razón por la que se rechaza la referida excepción. **SEXTO:** Determinada la existencia jurídica del contrato de construcción de obra y por lo cual, conforme a la disposición contenida en el Art. 1963 del Código Civil, el accionante reclama la indemnización de perjuicios correspondientes y para probar sus afirmaciones, a petición de él, se practicó la diligencia de inspección judicial del departamento No. 603 en el condominio "Peñón del Mar", con intervención de dos peritos nombrados para el efecto, cuya acta consta a fojas 205 a 206 del segundo cuaderno en el cual constan las apreciaciones que hizo el Juzgado, en conjunto con las partes litigantes, sobre los daños visibles que soporta el mismo departamento y sus áreas colindante. Pude constar que los daños que aparecen en las fotografías presentadas por el accionante, se han acrecentado al momento de realizar mi inspección personal, en la diligencia

antes referida. **SÉPTIMO:** De los informes periciales individuales, presentados por el señor Ing. Civil Gonzalo Garcés Bucheli y señor arquitecto Andrés Cañizares Pinargote, cuyas conclusiones en sus correspondientes informes establecen procesalmente que el departamento No. 603 de dicho condominio amenaza su ruina total, por los diversos y graves defectos técnicos en su construcción, tanto estructurales, como en todos los rubros de la obra arquitectónica, y por pésima calidad de los materiales empleados en la obra; que conlleva inminencia de venirse al suelo; que por tratarse de un edificio sujeto al régimen de la propiedad horizontal y por encontrarse el departamento, materia de la presente litis, en el sexto nivel del edificio integrado por diez niveles es imposible físicamente su reparación, cuyos detalles se encuentran contenidos en sus correspondientes informes, que obran de fojas 279 a fojas 298 del tercer cuaderno y fojas 335 a 337 del cuarto cuaderno. Que las observaciones técnicas de los señores peritos se encuentran testimoniadas con una gran cantidad de fotografías a colores que corren de fojas 299 a fojas 332 del tercer cuaderno de los autos que igualmente, ante el momento de realizar la inspección judicial, como también consta en los informes periciales, en el Edificio “Peñón del Mar” no existe varios servicios e instalaciones comunales, de los mismos que constan en los documentos anexos a la demanda, como también en las referencias periodísticas que obran de autos, como igualmente, la judicatura pudo observar en la inspección, cerca de la entrada perimetral, un letrero en donde se describe la cantidad de servicios adicionales de que iba a ser dotado el edificio y que a la fecha de la inspección no se encontraban instalados. Razón por la que los contratantes, temiendo estar en peligro sus vidas y la de sus familiares que habitan con ellos, se han visto obligados a desocupar el departamento y arrendar otro, en sitio diferente a este, por sus propias seguridades. **OCTAVO:** De la prueba actuada por los demandados, bajo referencia a la certificación del Instituto Nacional de Meteorología e Hidrología constante a fojas 468 del quinto cuaderno de los autos, lo cual no enerva la responsabilidad civil de los demandados, pues a conocimiento del juzgador no ha llegado noticia de que las construcciones de tantos edificios que existen en esta ciudad de Manta hayan amenazado su ruina o se hayan destruidos. Las declaraciones testimoniales que constan a fojas 181 a las 182 vuelta de los autos del cuaderno segundo no inciden en nada a los puntos materia de esta litis. Las copias de las escrituras públicas de compraventa de los diferentes departamentos del condominio "Peñón del Mar" que constan a fojas 221 a (Sic) vuelta del cuaderno tercero solo demuestran negociaciones de los mismos en idénticas condiciones a las que constan en la compra venta del departamento, materia de la presente causa. Que de los varios planos del condominio que presentaron a juicio los demandados, no

hay constancia del que se hubiere realizado el estudio técnico del suelo donde se encuentra asentado el condominio "Peñón del Mar". En conclusión ninguna de las pruebas solicitadas y actuadas, por los demandados han desvirtuado sus responsabilidades en esta litis. Por lo expuesto, sin que haya necesidad de hacer más consideraciones; este Juzgado Quinto de lo Civil de Manabí; **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY"**; declara con lugar la demanda, acogíendome a los informes periciales, que el departamento construido no es posible repararlo, por las consideraciones expuestas en los mismos informes; determino que el monto de las indemnizaciones de daños y perjuicios, sean el máximo estimado por el accionante; esto es la suma de seiscientos millones de sucres, valor que deberá ser pagado por todos los demandados solidariamente. Con costas a cargo de los demandados, en las que se incluirán los honorarios del abogado-accionante, que se los fija en treinta millones de sucres, de los que se descontará el cinco por ciento de ley, para el Colegio de Abogados de Manabí con el Art. 281 del Código de Procedimiento Civil. Notifíquese.

f). Ilegible.

SEGUNDA INSTANCIA.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PORTOVIEJO. Portoviejo, mayo 22 del 2000. Las 15h30.

VISTOS: La presente causa sube en grado por cuanto el Señor Juez Quinto de lo Civil de Manabí, con sede en la ciudad de Manta, le ha concedido a los demandados el recurso de apelación de la sentencia dictada en esta causa el 3 de noviembre de 1999 a las 08h15, la misma que obra de fojas 515 a 518 vuelta del cuaderno del primer nivel. Por el sorteo respectivo llegó a esta Sala su conocimiento y para resolver se hacen las siguientes consideraciones.

PRIMERO: El Ab. Eduardo Enrique Benavidez Joza, en su calidad de Procurador Judicial de Carlos Julio Cevallos Delgado y Elma Alfonsina Barreto Arteaga de Cevallos, en su demanda inicial propuesta contra el Ing. Galo Palacio Barberán y Sra. Graciela Hanze Bello de Palacio y Julio Barberán y Sra. Pilar Fierro Maldonado de Palacio; manifiesta que sus representados el 1 de abril de 1996 mediante escritura pública de compraventa e hipoteca abierta compraron el departamento signado con el número 603 del sexto piso del edificio denominado "PEÑÓN DEL MAR Nr. 1" y su parqueadero Nrs. 41 y 42 el mismo que está ubicado en el sector de Barbasquillo de la ciudad de Manta. Agrega que a los pocos meses de haber celebrado la

escritura pública de compra venta del departamento y de estar ocupándolos mis poderdantes y su familia como vivienda, comenzaron a aparecer impresionantes problemas derivados de la construcción del edificio "PEÑÓN DEL MAR"; tales como asentamiento de su estructura, por los marcados desniveles en el piso, en aproximadamente la mitad del área del departamento, llegando a romperse vidrios de la ventana y desprendimientos en espacios considerados de las paredes; así como fisuras, las mismas que día a día han venido acrecentándose formando diversas grietas; además, en estos días se notan filtraciones de agua en mampostería y piso superior, posiblemente debido a ruptura de cañerías de aguas internas. Con estos antecedentes pide que en sentencia sean condenados a pagar daños y perjuicios, esto es el daño emergente y el lucro cesante; por la indemnización compensatoria, causados por las diferencias en la construcción de nuestro departamento, descritas en el párrafo anterior, y por indemnización moratoria, por el incumplimiento en la construcción de las obras complementarias para el edificio, tal como consta en los contratos en referencia. Estableciendo la cuantía en SEIS CIENTOS MILLONES DE SUCRES. Pide que la demanda se la tramite en la vía verbal sumaria, de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 843 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Admitida la reclamación al trámite por la Juez Quinto de lo Civil de ese entonces Ab. Isidro Bravo Zambrano, ordenó la citación de los encausados; a los segundos de ellos mediante publicación por un periódico, pues se aseguraba que se desconoce su domicilio. El Ing. Galo Palacio Barberán y la Sra. Graciela Hanze de Palacio, así como Julio Palacios Barberán y Pilar Fierro Maldonado de Palacios, a fojas 41 y 42, comparecen a juicio designado a los profesionales del derecho que asumirán su defensa así como el lugar donde recibirán las notificaciones procedentes. A la causa se le dio el trámite solicitado por el accionante, por lo que una vez concluido los términos de rigor el inferior dicta sentencia el 3 de noviembre de 1999 a las 08h15, declarando con lugar la demanda. **SEGUNDO:** En el numeral 5to del libelo inicial se dice: "ESTA DEMANDA SE TRAMITARA EN LA VÍA VERBAL SUMARIA, DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN LOS ARTS. 843 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL"; **TERCERO:** El Arts. 843 a que hace referencia el accionante textualmente dice: "Están sujetas al trámite que esta Sección establece las demandas que, por disposición de la Ley o por convenio de las partes, deban sustanciarse verbal y sumariamente; las de liquidaciones de intereses, frutos, daños y perjuicios, ordenadas en sentencia ejecutoriada; las controversias relativas a predios urbanos entre arrendador y arrendatario o subarrendatario, y los asuntos comerciales que no tuviesen procedimiento especial."; **CUARTO:** El actor entre otras cosas demanda el pago de los daños y perjuicios,

esto es, daño emergente y el lucro cesante; por la indemnización compensatoria causados por las diferencias en la construcción del departamento, materia del contrato de la compraventa; pero debió acompañar copia de la sentencia ejecutoriada donde ordena el pago de tales daños y perjuicios, tal como lo dice el artículo antes invocado. **QUINTO:** La vía procedente de esta causa debió ser ordinaria, pues se trata de un asunto declarativo por tratarse de un caso civil y no comercial, ya que en la resolución que provenga del juzgador del primer nivel se determinará la cuantía de los daños y perjuicios que se hubieren causado. La Corte Suprema de Justicia en reiterados fallos expedidos, se ha pronunciado en este sentido, citando entre ellos el que consta en el juicio verbal sumario que por daños y perjuicios siguió TRANSPORTES PESADOS UMIÑA contra CROWEL AMERICAN TRANSPORT. INC. ECUADOR S.A., publicado en la Gaceta Judicial Nr. 8 Serie XVI Página 2076 a 2079, donde se declaró la nulidad del proceso verbal sumario no solamente a costa del Juez de primer nivel sino de los señores magistrados en esa época conformaban esta Primera Sala. Por todo lo expuesto **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY"** la Sala revoca la sentencia venida en grado y declara la nulidad de todo lo actuado desde la presentación de la demanda. Sin costas ni daños y perjuicios por no haber obligado a litigar con manifiesta mala fe. Notifíquese.

f) Ilegibles.

VOTO SALVADO DEL SEÑOR DOCTOR VICENTE MENDOZA PAVÓN.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PORTOVIEJO. Portoviejo, mayo 22 del 2000. Las 15h30.

VISTOS: En virtud del recurso de apelación, interpuesto por las partes, ha subido en grado la sentencia dictada por el señor Juez Quinto de lo Civil de Manabí, en la cual declara con lugar la demanda y condena a los demandados al pago de los daños y perjuicios señalados en dicho instrumento. Encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo, esta Sala hace las siguientes consideraciones. **PRIMERO:** La competencia de esta Sala para resolver los recursos interpuestos se encuentra establecida por el resultado del sorteo de Ley que obra de autos. **SEGUNDO:** En el presente procedimiento se han cumplido con todas las solemnidades que corresponden a esta clase de juicios. En consecuencia, la Sala lo declara válido. **TERCERO:** Establecida como se encuentra la relación jurídica entre las partes litigantes, tanto por el contrato que obra a fojas 32 a 34 de los autos; así como por el contrato contenido en la escritura

pública de compraventa e hipoteca, que obra de fojas 6 a 22 de los autos del primer cuaderno, la sentencia deberá decidir solamente sobre los puntos en que se trabó la litis, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 277 del Código de Procedimiento Civil. **CUARTO:** La competencia del Señor Juez Quinto de lo Civil de Manabí para haber conocido y resuelto esta causa en primera instancia se encuentra respaldada legalmente por lo dispuesto en el Art. 30 del Código de Procedimiento Civil, no obstante la impugnación que planteó uno de los demandados. **QUINTO:** Los demandados en esta causa han impugnado la tramitación de la misma, en la vía verbal sumaria, señalando que este procedimiento debiera de haberse tramitado en la vía ordinaria. De conformidad con lo dispuesto en el Art. 843 del Código de Procedimiento Civil, están sujetas a este trámite las demandas que, por disposición de la Ley o por convenio de las partes, deban sustanciarse verbal y sumariamente. El accionante fundamenta su demanda en virtud de las estipulaciones que constan en el Contrato que obra a fojas 32 a 34, y en este mismo instrumento, en la cláusula TERCERA de las cláusulas generales, se encuentra convenido que para los casos de controversia que se originen por los contratos de este documento, las partes señalan como domicilio la ciudad de Manta y declaran que se someten expresamente a la jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales Ordinarios de la Provincia de Manabí y al trámite del juicio VERBAL SUMARIO. En consecuencia esta repetida excepción de los demandados no tiene ningún asidero legal y por lo tanto se la rechaza por improcedente e inoportuna. **SEXTO:** En virtud de lo dispuesto en el Art. 1957 del Código Civil, el contrato de construcción suscrito entre los accionantes y el Ing. Galo Palacios Barberán que pactaron por el precio único, fijo y total en la suma de SETENTA Y DOS MIL DÓLARES. Estadounidenses, este contrato es también de venta; y de conformidad con lo dispuesto en el Art. 1964, regla tercera del mismo cuerpo de leyes el empresario contratista es responsable por vicios de la construcción, o por vicios del suelo que el empresario debió haber conocido, o por vicios de los materiales empleados en la construcción, durante diez años subsiguientes a la entrega de la obra material. Consecuentemente, la responsabilidad de este demandado en la construcción del departamento, materia de esta causa, se encuentra plenamente establecida. **SÉPTIMO:** Por la confesión judicial que rindió el demandado In. Galo Palacios Barberán, se estableció que el mismo era autorizado para realizar todas las negociaciones de los diferentes departamentos del condominio "Peñón del Mar" y que dichas actividades las cumplía en sus propias oficinas, que tenía autorización de los demás copropietarios para pactar precio, firma de pago y entrega de los inmuebles. **OCTAVO:** De las diligencias de inspección judicial realizada en el Departamento Nro. 603 del condominio

"Peñón del Mar" con la intervención de dos profesionales peritos, cuya acta consta a fojas 205 a 205 del segundo cuerpo, se encuentra procesalmente establecido las deficiencias en la construcción de dicho departamento y de sus áreas colindantes. Situación ésta ampliamente reflejada en las múltiples fotografías a colores que obran de autos y que han sido introducidas al proceso por los informes presentados por los señores peritos. **NOVENO:** Las conclusiones a que han arribado los señores peritos y que constan en los informes, de los mismos que más tarde ellos se han ratificado, procesalmente se encuentra establecido que el Departamento 603 del condominio "Peñón del Mar", ubicado en el cantón Manta, amenaza su ruina total, tanto por los diversos y graves defectos técnicos empleados en su construcción, como acentuadas deficiencias en la estructura de todo el edificio que afectan gravemente la obra arquitectónica del mismo y la inminencia de venirse al suelo, causando la destrucción total. Que por tratarse el condominio "Peñón del Mar" un edificio sujeto al régimen de la propiedad horizontal; y, encontrándose el departamento materia de esta litis, en el sexto nivel del mismo edificio, que tiene de construido diez pisos, es físicamente imposible su reparación. **DÉCIMO:** Que de la misma diligencia de inspección judicial, tanto en el Juzgado como los señores peritos, establecieron que de las obras complementarias que los vendedores habían ofrecido y que constan en los anexos presentados por el accionante, muchas de ellas no se habían cumplido, encontrándose en mora los vendedores de implementar dichas obras comprometidas y no cumplidas. **DÉCIMO PRIMERO:** Se encuentra igualmente establecido que los accionantes, para poder adquirir y pagar el departamento materia de esta litis, tuvo que hipotecarlo al Banco la Previsora, con sede en la ciudad de Manta; y que además los mismos accionantes han tenido que verse obligados a arrendar un departamento fuera del condominio para poder vivir con sus familiares y de esta manera evitar poner en peligro la vida de ellos. **DÉCIMO SEGUNDO:** La alegación de los demandados de que el precio convenido no ha sido íntegramente pagado y que por lo tanto, ellos han tenido que plantear juicio ejecutivo por dicha mora, introduciendo en prueba copias de dicho juicio, esta situación enerva las consideraciones que los reclaman. Pues son materia de otro juicio. **DÉCIMO TERCERO:** Que el accionante reclama en su libelo el daño emergente y el lucro cesante por los daños causados. Por lo expuesto, sin ser necesario examinar más consideraciones, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY"**, se declara con lugar la demanda y ampliándose el fallo recurrido, se dispone que los demandados, solidariamente, paguen al accionante los SETENTA Y DOS MIL DÓLARES ESTADOUNIDENSES, más los intereses legales, que se liquidarán pericialmente, a partir de la fecha de presentación de la demanda.

Todo esto por daño emergente y lucro cesante. Sin costas en esta instancia ni honorarios profesionales que regular. Notifíquese.

f) Drs. Vicente Mendoza Pavón. Alejandro Bermúdez. Abg. Jorge A. Cedeño P.

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

Quito, 19 de junio del 2001; las 09h:45.

VISTOS: El abogado Eduardo Benavídez Joza, en su calidad de procurador judicial de Julio Ceballos Delgado y de su cónyuge Elma Alfonsina Barreto Arteaga de Ceballos, interpone recurso de casación contra la sentencia dictada el 22 de mayo del 2000 por la Primera Sala de la Corte Superior de Portoviejo (fallo de mayoría), dentro del juicio verbal sumario de indemnización de daños y perjuicios propuesto por los recurrentes contra el ingeniero Galo Palacio Barberán y su cónyuge Graciela Hazle Bello de Palacio y de Julio Palacio Barberán y su cónyuge Pilar Fierro Maldonado de Palacio. Dicho recurso es concedido, por lo que el proceso sube a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia; habiéndose radicado la competencia por el sorteo de ley en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, y terminada la etapa de este proceso de casación, para resolver se considera: **PRIMERO:** Se ha dado cumplimiento en este proceso a lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley de Casación.- **SEGUNDO:** El ámbito de competencia dentro del cual puede actuar este Tribunal de Casación está dado por el propio recurrente en la determinación concreta, completa y exacta de una o más de las causales señaladas en el artículo 3 de la Ley de la materia, siéndole vedado el entrar a conocer de oficio o rebasar el ámbito señalado en las causales citadas por el propio recurrente, en virtud del principio dispositivo señalado en el artículo 194 de la Constitución Política de la República. En esta virtud, en el caso sub judice, la Sala se limita a analizar la acusación de que en la sentencia dictada por el tribunal de última instancia se han infringido las normas contenidas en los artículos 192 de la Constitución Política de la República, 280, 843 y 1067 del Código de Procedimiento Civil, 19 de la Ley de Casación y 1588 del Código Civil, así como los precedentes jurisprudenciales contenidos en las resoluciones publicadas en los Registros Oficiales N°. 329 de 30 de noviembre de 1999, N°. 58 de 30 de octubre de 1998, N°. 272 de 8 de septiembre de 1999 y N° 26 de 28 de febrero del 2000, y que el fallo recurrido se halla incurrido en los vicios contemplados en las causales primera y segunda del artículo 3 de la Ley de Casación en las que se fundamenta el recurso.- **TERCERO:** Respecto del cargo de que la

resolución impugnada se halla incurso en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, por transgresión de lo que dispone el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, se anota: la norma legal antes indicada dice: “En la sentencia y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión. No se entenderá cumplido este precepto en los fallos de segunda instancia, por la mera referencia a un fallo anterior.” Cuando la sentencia o el auto definitivo incumple con lo preceptuado en esta norma legal, incurre en el vicio tipificado en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, es decir “cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles”; por lo tanto, de existir este vicio, no cabe atacarlo invocando la causal segunda tanto más cuanto que este vicio in procedendo no provocaría la anulación del fallo y el reenvío para que se sustancie nuevamente el proceso con arreglo a derecho desde el punto en que se produjo la nulidad, que es el efecto propio de la casación del fallo por la causal segunda, de conformidad con lo que dispone el inciso segundo del artículo 14 reformado de la Ley de Casación, sino que se casaría el fallo impugnado y directamente se entraría a expedir el que en su lugar correspondiere y con el mérito de los hechos establecidos en la sentencia o auto, al tenor de lo que dispone el inciso primero del antes citado artículo 14 de la Ley de la materia.- **CUARTO:** Se analiza inmediatamente la acusación de que se ha transgredido lo que dispone el artículo 192 de la Constitución Política de la República, cargo que se fundamenta en que la norma suprema dispone que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades, “que las omisiones o quebrantos procesales, como la posible violación de la vía procesal, son SANEABLES, porque el fin primordial de la administración de justicia es el de buscar la paz social, lo que se logra con la rapidez en la terminación de los juicios, y no en el estricto cumplimiento de reglas o trámites procesales que dejarían que los conflictos se hagan interminables, inciertos e inacabados so pretexto de cumplir con todas las formalidades que prevé la ley procesal para la tramitación de un juicio”. Este razonamiento, que aparentemente se funda en la disposición constitucional antes señalada, nos conduce necesariamente a la conclusión de que la ley procesal es innecesaria y que todas las solemnidades procesales constituyen una rémora para la realización de la justicia, que en consecuencia hay que admitir como válida toda forma de sustanciar los procesos y que lo que importa es la rapidez en la conclusión de los juicios, aún con prescindencia de las garantías constitucionales del debido proceso. Pero la norma constitucional entendida correctamente no puede conducirnos a una conclusión nihilista como la señalada. El artículo 192 de la Constitución Política debe

interpretarse en su totalidad y en concordancia con los artículos 23 N°. 27 y 24 ibídem, es decir, se ha de tener en cuenta que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, que hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia, y como corolario de todo esto, que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. En efecto, hay que diferenciar entre los ritos y las solemnidades procesales. Los ritos, es decir, las formalidades no son más que simples complicaciones de las formas, que se establecen en un determinado momento atendiendo a razones puntuales de conveniencia pero que, con el paso del tiempo, pierden su razón de ser. Las solemnidades, en cambio, son requisitos de forma que establece el legislador atendiendo a razones permanentes y sustanciales, que permanecen en el tiempo inalterados. En virtud del principio de la obligatoriedad de las formas procesales, los actos procesales están regulados por la ley en cuanto a su forma, y ni las partes procesales ni el juez pueden escoger libremente el modo ni la oportunidad de lugar y de tiempo, para realizarlos. Debe recordarse que el derecho procesal es una rama del derecho público, y por lo tanto es indisponible por las partes, las que ni siquiera por acuerdo expreso podrían disponer de él, salvo en los casos en que lo permite expresamente el legislador. Devis Echandía, (Teoría General del Proceso, 2ª edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 377) al respecto, advierte que no debe creerse que las solemnidades de los actos procesales “obedecen a simples caprichos, o que conducen a entorpecer el procedimiento en perjuicio de las partes. En realidad se trata de una preciosa garantía de los derechos y de las libertades individuales, pues sin ellas no se podría ejercitar eficazmente el derecho de defensa”. El mismo autor nos recuerda que Couture opina que una de las garantías constitucionales más importantes es la del debido proceso con sus secuelas de la garantía de defensa, de petición, de prueba y de igualdad ante los actos procesales, y que nada de esto se conseguiría sin la previa regulación de las formas de los actos procesales, que son la única manera de hacer efectivas esas garantías. En la especie, se optó demandar por la vía verbal sumaria la reclamación de daños y perjuicios derivados de un alegado incumplimiento contractual. Más adelante se analizará si se puede o no optar por la vía procesal señalada; en esta fase del análisis importa simplemente establecer si las diversas vías procesales son simples formalidades prescindibles o si son solemnidades de necesaria observancia. La Sala estima que una de las garantías primordiales del debido proceso es la observancia de la vía pertinente, para asegurar la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión, (artículo 24 N°.17 de la Constitución Política de la República) y la violación del trámite correspondiente a la naturaleza

del asunto o al de la causa que se esté juzgando, de conformidad con lo que dispone el artículo 1067 del Código de Procedimiento Civil, se sanciona con la nulidad procesal, si es que tal violación del trámite hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa. Reiterados fallos de la Corte Suprema se han referido a este tema. Alfonso Troya Cevallos (Elementos del Derecho Procesal Civil, tomo I, Ediciones de la Universidad Católica, Quito, 1978, p. 144) dice al respecto: “Nuestro Código, al haber añadido a las causas de nulidad procesal enumeradas en el Art. 374 (355), la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, Art. 1135 (1067) CPC., reconoce que la sucesión de actos procesales de que se compone el proceso están influenciados y deben diligenciarse con sujeción a la naturaleza del asunto, que a su vez encuentra su origen en la clase de pretensión. Jurisprudencia: G.J. Serie VI, No. 1, pág. 366. Trámite significa el conjunto de diligencias que deben practicarse dentro de cada juicio y no una sola de ellas, dice la Corte Suprema, en fallo de 19 de noviembre de 1940. G.J. 6ª. No. 4, pág. 398. El trámite no depende de la voluntad del juez ni de las partes, por regla general. G.J. Serie III, No. 154, pág. 2468. La excepción constaba al tiempo del fallo en el Art. 1035 (978), que permite el acuerdo de las partes para que se resuelva en juicio verbal sumario el asunto en litigio. La misma regla de excepción encontramos ahora en el Art. 898 CPC. (843), y su redacción presupone un convenio entre las partes, anterior al proceso, que servirá de base al juez para declarar en el decreto inicial la procedencia del trámite. Parecido es el caso del Art. 76 (75) CPC., que contiene también por excepción la facultad del actor de pedir que las acciones acumuladas, que requieren necesariamente distinta sustanciación, se sustancien todas por la vía ordinaria. En el Art. 1130 (1062) CPC., se confiere a la Corte Suprema la facultad de aplicar el criterio judicial de equidad, para que no queden sacrificados los intereses de la justicia por sólo la falta de las solemnidades legales. Nuestro Tribunal Supremo declaró en providencia de 27 de marzo de 1958, que los jueces y tribunales están llamados a cumplir y hacer cumplir siempre las normas de trámite fijadas por la ley; a prescindir de dichas normas no alcanzaría, ni el criterio de equidad facultado por el Art. 1131 CPC (1130 actual) G.J. Serie IX, No. 2, pág. 194. La misma Corte, en fallo de 6 de septiembre de 1965, declaró que el procedimiento a seguirse en un juicio corresponde a la naturaleza de la acción y no depende de la apreciación del actor G.J. Serie X, No. 11, pág. 3585”. Esta Sala, en auto admisorio de 12 de octubre del 2000, dictado dentro del proceso de casación N° 208-2000 expresó lo siguiente sobre el alcance de la norma contenida en el artículo 192 de la Constitución Política de la República, que hoy lo ratifica: “Cuando se trata de los requisitos de forma establecidos por el ordenamiento legal de los actos y los

negocios jurídicos, no puede prescindirse de la razón de ser de los mismos, de la teleología del rito, que es la de ser un medio para la realización de la justicia; si se pretendiera exigir que se observen las formalidades externas, los ritos **per se**, como si fueran un fin en sí mismas y no un medio, sería, en definitiva, como instaurar un culto idolátrico en que la esencia de la divinidad se hallaría en el objeto material de la adoración. La Constitución Política de la República no reprueba el formalismo procesal, lo que condena es el que se conviertan en meras complicaciones de las formas, que impongan la realización de prácticas vacías de contenido, que se constituyan en un fin de tal manera que el proceso se convierta en un instrumento a su servicio al punto que la justicia pase a segundo plano.” Este razonamiento ha inspirado permanentemente a la Sala, por ello se lo expresa no solamente en el auto admisorio antes señalado, sino en muchas otras resoluciones como en la N° 230-2000 publicada en el Registro Oficial N°. 109 de 29 de junio del 2000 y en el auto admisorio de 1 de diciembre de 1997, dictado dentro del juicio N° 328-97. Por lo tanto, que el juez declare la nulidad procesal por no haberse observado la vía procesal señalada en la ley para el conocimiento de una determinada controversia, de ninguna manera puede considerarse por sí mismo como una contravención del precepto contenido en la parte final del artículo 192 de la Constitución Política de la República, como lo afirma el recurrente, por lo que este cargo no procede.- **QUINTO:** El recurrente también acusa al fallo de última instancia de incurrir en la causal segunda de casación por haberse transgredido lo que dispone el artículo 1067 del Código de Procedimiento Civil. Se ha dicho ya que una de las garantías primordiales del debido proceso es la observancia de la vía pertinente, para asegurar la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de la persona, sin que en caso alguno quede en indefensión, (artículo 24 N° 17 de la Constitución Política de la República), y que como consecuencia la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando se sanciona con la nulidad procesal, si es que tal violación del trámite hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa, de conformidad con lo que dispone el artículo 1067 del Código de Procedimiento Civil. Ya lo dijo esta Sala en su sentencia N°. 550-98 de 31 de agosto de 1998 (Registro Oficial 58 de 30 de octubre del mismo año): “En un proceso, desde su inicio y todo su desarrollo y conclusión, las actividades del Juez y de las partes se hallan reguladas por un conjunto de normas preestablecidas que señalan el camino que debe seguirse, lo que pueden hacer, cómo lo deben hacer y qué no puede ni deben hacer. Nuestro ordenamiento legal ha establecido la nulidad de un acto procesal y de todos los que dependen de él cuando se han quebrantado o inobservado dichas normas, pero siempre condicionada a los principios de trascendencia y de convalidación.

No hay, pues, nulidad procesal si la desviación no tiene trascendencia sobre la garantía de defensa en el juicio. Al respecto, Couture dice: «Sería incurrir en una excesiva solemnidad y en un formulismo vacío sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aun aquellos que no provocan perjuicio alguno. El proceso sería, como se dijo en sus primeros tiempos, una misa jurídica ajena a sus actuales necesidades». Este principio de trascendencia está consagrado en ellos Arts. 358 y 1067 del Código de Procedimiento Civil, cuando disponen de manera categórica que la nulidad procesal por omisión de solemnidades sustanciales o la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando, anula el proceso, y los juzgados y tribunales lo declararán de oficio o a petición de parte, **siempre que dicha omisión o violación hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa.** De otro lado, las nulidades procesales vienen a ser solo remedio de excepción cuando no se puede reparar o corregir el error. Las omisiones o quebrantos procesales son saneables porque el fin primordial de la administración de justicia es el de buscar la paz social, lo que se logra con la pronta terminación de los conflictos; no volverlos interminables y mantener el principio de seguridad jurídica que se logra con reglas claras de juego; no mantener las cosas inciertas y los conflictos inacabados. Los mismos principios de trascendencia y convalidación se consagran en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación que dice: «Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, **siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad ni hubiere sido convalidada legalmente.**» Por ello, lo procedente es que el juzgador de instancia analice en cada caso específico si se observó o no el procedimiento respectivo, y en caso de haberse inobservado, si la violación del trámite hubiese influido (efecto actual) o pudiese influir (efecto potencial) en la decisión de la causa, analizando además si es que quedó o no una de las partes en estado de indefensión. Adviértase que el juzgador esta en la obligación de determinar si la omisión procesal influyó en la decisión de la causa, o si era probable que influya en ella; es decir, no es suficiente la verificación de que efectivamente haya influido, sino que es necesario realizar un análisis para determinar la posibilidad de que pudiese ser distinto el resultado de la contienda si se hubieran observado las formalidades omitidas. Cuando se tiene la opción de ejercitar la acción ejecutiva para que se lleve a cumplimiento el derecho reclamado, el actor puede perfectamente renunciar a ella y optar por una acción de conocimiento, ya que sin lugar a dudas que resulta mejor servida la justicia, aunque implique un lapso de tiempo más dilatado, porque puede entrarse al análisis del fondo del asunto para

que el juez “diga el derecho”; de la misma manera, si teniéndose expedido el juicio de conocimiento por la vía verbal sumaria, el actor prefiere proponer el juicio de lato conocimiento por la vía ordinaria, en que se discutirá la posición del actor y del demandado en forma exhaustiva, ello de ninguna manera implicaría un perjuicio para ninguna de las partes, no habría indefensión ni tampoco se estaría influyendo ni podría influir en la decisión de la causa. El factor tiempo es uno de los elementos dignos de considerar, pero no es el único y ni siquiera es el fundamental; atropellar los procedimientos no hace el menor servicio a la justicia, más importante es el dar a las partes la oportunidad de exponer todos sus argumentos y practicar todas las pruebas pertinentes. El artículo 75 del Código de Procedimiento Civil así lo consideró, por ello permite la acumulación de acciones que requieran necesariamente de diversa sustanciación, siempre que las acciones acumuladas se tramiten por la vía ordinaria. En los juicios especiales, en que el legislador los ha dispuesto por consideraciones particulares, habrá de realizarse, especie por especie, el respectivo análisis para determinar si la inobservancia del trámite respectivo puede o no producir indefensión, o ser relevante al momento de decidir la causa. En definitiva, el que puede lo más, puede lo menos, pero no a la inversa, o sea que quien debe encaminar su acción por la vía de lato conocimiento no puede pretender sustanciarla por una vía abreviada o de ejecución, porque aquí sí se podría estar provocando indefensión de las partes, o influiría o podría influir en la decisión de la causa. Obviamente que, si la ley en forma expresa autoriza el pacto de determinación de la vía, como ocurre en el juicio verbal sumario (artículo 843 del Código de Procedimiento Civil), la sustitución de la vía es perfectamente legítima, indiscutiblemente bajo el supuesto de que el acuerdo reúna los requisitos de ley para su validez y eficacia. Por lo tanto, la utilización de una vía no prevista por la ley, en principio produce la nulidad, salvo que aparezca evidentemente del proceso que no hubo indefensión porque las partes pudieron ejercer a plenitud su derecho de defensa, o que no influyó ni podía influir en la decisión de la causa, lo cual será analizado y declarado en cada caso específico. En la especie, el recurrente no analiza porqué la omisión de ciertas etapas procesales del juicio ordinario (posibilidad de plantear la reconvención, de recurrir de las providencias que causen gravamen irreparable en definitiva, de pedir se articule prueba en segunda instancia) no influyó ni podía influir en la decisión de la causa, así como por qué ninguna de las partes quedó en indefensión, todo lo cual era indispensable para fundamentar el recurso de casación, por lo que no es admisible este cargo.- **SEXTO:** El recurrente además acusa al fallo de última instancia de incurrir en la causal segunda de casación por no haber observado lo resuelto en los precedentes jurisprudenciales contenidos en las

resoluciones publicadas en los Registros Oficiales Nos. 329 de 30 de noviembre de 1999, 58 de 30 de octubre de 1998, 272 de 8 de septiembre de 1999 y 26 de 28 de febrero del 2000. La cita que de estos fallos hace el recurrente no abona a favor de su tesis. En efecto, el fallo N°. 959-99, dictado 19 de octubre de 1999 por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de esta Corte Suprema de Justicia (Registro Oficial 329 de 30 de noviembre del mismo año) precisa que la letra de cambio es un acto objetivo de comercio, de conformidad con lo que dispone el artículo 3 N°. 8 del Código de Comercio, y que por lo tanto procede la vía verbal sumaria para el conocimiento de las causas fundadas en tal título valor, al amparo de lo que dispone el artículo 843 del Código de Procedimiento Civil. El fallo N°. 550-98, dictado el 31 de agosto de 1998 por esta Sala (Registro Oficial 58 de 30 de octubre de 1998) es parte del análisis realizado en cláusula precedente, y en él lo que se desarrolla es el principio de la trascendencia de la omisión y el de la convalidación, pero de modo alguno sirve de apoyo a la alegación del recurrente, porque él no ha acreditado que la omisión en la vía procesal ha sido intrascendente en la especie. Las sentencias de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de esta Corte Suprema de Justicia, N°. 237-99 de 18 de junio de 1999 (Registro Oficial 272 de 8 de septiembre de 1999) y N° 385-99 de 8 de noviembre de 1999 (Registro Oficial 26 de 28 de febrero del 2000) igualmente confirman el principio de la trascendencia y de la convalidación que han sido analizados en líneas precedentes, pero al igual que en el fallo anterior, tampoco sirven de apoyo a la pretensión del recurrente, porque él no ha demostrado en la fundamentación de su recurso que la omisión en la vía procesal ha sido intrascendente en la especie. Los fallos de casación constituyen precedente obligatorio en aquella parte que contiene un análisis abstracto de la norma, de manera que realmente constituyan interpretación general y permanente de la misma, aplicable a todos los casos en que los hechos puedan subsumirse en el supuesto fáctico previsto en la interpretación de la norma jurídica y de las consecuencias que tal interpretación se derivan, pero no lo constituyen en el análisis específico de las situaciones fácticas presentes en cada caso.- **SÉPTIMO:** Respecto del cargo de que se ha transgredido lo que disponen los artículos 1588 del Código Civil y 843 del Código de Procedimiento Civil al no admitir la validez del convenio de determinación de la vía verbal sumaria, se anota: **1.-** En el fallo impugnado se lee lo siguiente: Considerando segundo.- “En el numeral 5to. del libelo inicial se dice: «ESTA DEMANDA SE TRAMITARÁ EN LA VÍA VERBAL SUMARIA, DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN LOS ART. 843 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL»; Considerando tercero.- “El Art. 843 a que hace referencia el accionante textualmente dice: «Están sujetas al trámite que esta Sección establece las demandas

que, por disposición de la Ley o por convenio de las partes, deban sustanciarse verbal y sumariamente; las de liquidaciones de intereses, frutos, daños y perjuicios, ordenadas en sentencia ejecutoriada; las controversias relativas a predios urbanos entre arrendador y arrendatario o subarrendatario, y los asuntos comerciales que no tuviesen procedimiento especial».”; Considerando cuarto.- “El actor entre otras cosas demanda el pago de los daños y perjuicios, esto es, daño emergente y el lucro cesante; por la indemnización compensatoria causados por las diferencias en la construcción del departamento, materia del contrato de la compraventa; pero debió acompañar copia de la sentencia ejecutoriada donde ordena el pago de tales daños y perjuicios, tal como lo dice el artículo antes invocado”; Considerando quinto.- “La vía procedente de esta causa debió ser la ordinaria, pues se trata de un asunto declarativo por tratarse de un caso civil y no comercial, ya que en la resolución que provenga del juzgador de primer nivel se determinará la cuantía de los daños y perjuicios que se hubieren causado. La Corte Suprema de Justicia en reiterados fallos expedidos, se ha pronunciado en este sentido, citando entre ellos el que consta en el juicio verbal sumario que por daños y perjuicios siguió TRANSPORTES PESADOS UMIÑA contra CROWEL AMERICAN TRANSPORT INC. ECUADOR S.A., publicado en la Gaceta Judicial No. 8 Serie XVI, página 2076 a 2079, donde se declaró la nulidad del proceso verbal sumario no solamente a costa del Juez de primer nivel sino de los señores Magistrados en esa época (sic) conformaban esta Primera Sala.” Este es el fundamento único del fallo de segunda instancia y de la lectura se advierte que en el mismo se incurre en el error de considerar que la vía procedente debió ser la ordinaria, “pues se trata de un asunto declarativo por tratarse de un caso civil y no comercial, ya que en la resolución que provenga del juzgador de primer nivel se determinará la cuantía de los daños y perjuicios que se hubieren causado”, olvidando que el juicio verbal sumario también es un proceso declarativo abreviado y que las controversias civiles relativas a la determinación de daños y perjuicios causados por el incumplimiento de un contrato igualmente pueden ventilarse en juicio verbal sumario, por así disponerlo el artículo 843 del Código de Procedimiento Civil, tanto si se trata de contratos mercantiles que no cuenten con procedimiento especial o de arrendamiento de predios urbanos entre arrendador y arrendatario, como si es que así se ha convenido expresamente, obviamente en este último caso siempre y cuando el convenio sea jurídicamente válido. El tribunal ad quem estaba en el deber de analizar en la especie si el hecho aducido por la parte actora en la demanda (la existencia un convenio válidamente celebrado en el cual se ha previsto que el debate relativo a los efectos del mismo se discuta por la vía verbal sumaria) podía o no subsumirse dentro de uno de los varios supuestos contemplados en la norma

invocada (artículo 843 del Código de Procedimiento Civil), operación que no la ha realizado, lo cual le ha llevado a una conclusión errónea porque ha excluido de la aplicación de esta norma los casos de convenios expresos de sometimiento a la vía verbal sumaria de las controversias por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato civil. Se hace notar, adicionalmente, que la referencia que hace el fallo impugnado al precedente que consta del fallo dictado por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil el 20 de marzo de 1997 es impertinente porque el mismo declaró la nulidad procesal por hallarse el proceso incurso en la causal cuarta del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil, ya que no se había citado al demandado José Enrique Estrada Guzmán no obstante que la acción se dirigió en su contra y por sus propios derechos; la referencia lateral que el fallo citado hace a la determinación en juicio por la vía ordinaria de los daños y perjuicios sufridos tiene a su vez como antecedente el fallo al que la citada sentencia se refiere, dictada por la Primera Sala de esta Corte Suprema de Justicia de 15 de mayo de 1974, en un caso de cuasi delito, en el cual, como es obvio, no puede existir convenio válido que permita discutir por la vía verbal sumaria si existieron o no los daños y perjuicios alegados. **2.-** El Abogado Eduardo Benavídez Joza, procurador judicial de Julio Ceballos Delgado y de su cónyuge Elma Alfonsina Barreto Arteaga de Ceballos, demanda por la vía verbal sumaria la indemnización de daños y perjuicios al ingeniero Galo Palacio Barberán y su cónyuge Graciela Hazle Bello de Palacio y a Julio Palacio Barberán y su cónyuge Pilar Fierro Maldonado de Palacio y fundamenta la procedencia de la acción por la vía verbal sumaria en lo convenido en la tercera de las cláusulas generales del contrato de reservación y promesas de actos y contratos conforme al régimen de propiedad horizontal celebraron por instrumento privado el Ingeniero Galo Palacio Barberán como promitente vendedor, y el señor Carlos Julio Ceballos Delgado como promitente comprador, “a los primeros días del mes de octubre de 1995”. La demanda de indemnización de daños y perjuicios se fundamenta además en la escritura pública de compraventa otorgada el 1º. de abril de 1996 ante el Notario Público Tercero del cantón Manta, por el ingeniero Galo Palacio Barberán y su cónyuge Graciela Hazle Bello de Palacio y a Julio Palacio Barberán y su cónyuge Pilar Fierro Maldonado de Palacio a favor de Julio Ceballos Delgado y de su cónyuge Elma Alfonsina Barreto Arteaga de Ceballos. El artículo 843 del Código de Procedimiento Civil autoriza a que se convenga el someter los litigios a esta vía de conocimiento abreviado, obviamente con ciertas limitaciones: se han de tratar de derechos privados y que no miren al orden público, no ha de estar señalado en la ley un trámite específico que corresponda a la naturaleza del asunto o de la causa que se está juzgando: por ejemplo, no puede convenirse en

que se sustancie por la vía verbal sumaria una causa relativa a la nulidad o a la rescisión de un acto o contrato, porque el trámite correspondiente es el de lato conocimiento por la vía ordinaria atenta la naturaleza de orden público y la necesidad de que se agote el análisis para dictar una sentencia de tanta importancia; y se parte del supuesto de que en la especie existe un contrato válidamente celebrado en el cual se haya establecido la vía verbal sumaria para el conocimiento de las controversias que se originen en la aplicación de dicho negocio jurídico o de otro que igualmente sea válido. De conformidad con lo que dispone el artículo 1588 del Código Civil, el contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y que no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, pero, aunque parezca una verdad de perogullo, se ha de recalcar que ha de tratarse de un contrato legalmente celebrado, ya que si no reúne los requisitos de fondo o de forma establecidos por la ley, no produce este efecto vinculante. Por lo tanto, para determinar los efectos de un contrato es preciso establecer si el mismo es o no válido y eficaz. En ciertos casos, es necesario que la parte alegue y pruebe los vicios de los que adolece el negocio jurídico, porque externamente no se hacen evidentes y en general todo negocio jurídico goza de presunción de validez para dar seguridad al tráfico jurídico, pero en determinados casos, no es necesario siquiera alegar y probar los vicios cuando los mismos aparecen de manifiesto en el acto o contrato (artículo 1726 del Código Civil), es decir, son apreciables *ictius oculi*, a simple vista. El juez ante un negocio jurídico debe examinarlo, determinar la intención real de los contratantes y lo ha de calificar y en esta operación ha de determinar si el mismo reúne o no los requisitos para su existencia y validez. G. Ospina Fernández y E. Ospina Acosta en su "Teoría General del Contrato y de los demás actos y negocios jurídicos", 4ª. edición, 1994, Santa Fe de Bogotá, Temis, p. 413, señalan: "Agotada la etapa interpretativa de la intención real de los agentes... el intérprete, especialmente si es un juez llamado a aplicar el acto de que se trata, debe entrar a determinar si reúne o no los elementos esenciales para su existencia, y, en caso afirmativo, a cuál clase o categoría pertenece. Por ejemplo, partiendo del supuesto de que el consentimiento prestado configure la compraventa de cierto bien inmueble, si no se ha observado la solemnidad prescrita para tal acto, cual es el otorgamiento de escritura pública, el juez tiene que concluir que este no existe jurídicamente... En suma: la misión de un juez frente a un acto controvertido no se agota en su interpretación propiamente dicha y que es una cuestión de hecho, como quiera que consiste en averiguar cuál ha sido la real intención de los agentes, sino que va más allá, en cuanto dicho juez no solamente está autorizado, sino legalmente obligado a dar un paso más, cual es el de determinar si tal acto existe o no, vale decir, si se ha perfeccionado jurídicamente

y, en caso afirmativo, cuál es su naturaleza específica, cuestión ésta que ya no es de hecho, sino de derecho, y que puede llegar hasta la rectificación de la calificación equivocada que le hayan atribuido los agentes." En la especie, el llamado "contrato de reservación y promesa de actos y contrato conforme al régimen de propiedad horizontal", que fue uno de los fundamentos de la acción, ha sido calificado por el tribunal ad quem como contrato de promesa de venta de alícuotas o partes proporcionales en un inmueble; esta calificación es el resultado del análisis de los elementos fácticos acreditados en el proceso y su subsunción en la norma, o sea es consecuencia de la valoración de la prueba, lo cual no ha sido contradicho por la parte recurrente. En el recurso de casación por la causal primera del artículo 3 de la Ley de la materia no se debaten cuestiones fácticas, los hechos quedan fijados en la sentencia del tribunal de segunda instancia, y en el caso de que se hubieren violado las leyes para la valoración de la prueba, puede acusarse a la sentencia por la causal tercera, mas no por la primera. La causal primera es la llamada de "violación directa", porque por ella se entabla una lucha directa entre la sentencia y la ley, en que nada tiene que ver la prueba. Por esto el Tribunal de Casación al examinar los cargos del recurrente fundados en esta causal no puede entrar a considerar sobre la existencia de hechos ni menos casar la sentencia a base de elementos probatorios en forma distinta a la valoración realizada por el tribunal ad quem, por lo que de esta manera, al no haber sido impugnada por la causal tercera la valoración de la prueba realizada por el tribunal de última instancia, el recurrente considera como definitivos los hechos y las conclusiones que sobre la valoración de la prueba ha arribado el tribunal ad quem. Esto es lo que sucede, precisamente, en la especie. La argumentación del recurrente de que este contrato contiene los requisitos legales que para el efecto señala el artículo 1488 del Código Civil y que por lo tanto es válido y consecuentemente también sus efectos jurídicos no puede ser considerada porque, como se indica en líneas anteriores, al no haber atacado el fallo de instancia por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, está admitiendo la validez de la conclusión a la que ha llegado el tribunal de instancia de que se trata de un contrato de promesa de venta, cuanto porque no es correcta. En efecto, es conocido por todos que, aparte de los requisitos para la existencia y la validez de los negocios jurídicos enumerados por la indicada disposición legal, que se refiere a los elementos de fondo, existe el requisito de forma, o sea la solemnidad substancial que ha de adoptar el negocio jurídico para que sea válido y surta sus efectos, por constituir la única vía considerada en derecho como la idónea para la manifestación relevante del consentimiento negocial, y que en el caso de los negocios traslativos de dominio de inmuebles o constitutivos de limitaciones o gravámenes sobre los mismos, al igual que de

promesas de tales negocios es el otorgamiento de escritura pública, y en la especie el tribunal de última instancia lo ha calificado como promesa de venta de alícuotas o partes proporcionales en un inmueble, por lo que, para su existencia y validez requería del otorgamiento por escritura pública, de conformidad con lo prevenido en el numeral primero del artículo 1597 del Código Civil, bajo sanción de nulidad absoluta y de mirarlo por no ejecutado o celebrado, de conformidad con lo que dispone el artículo 1745 del mismo cuerpo legal, no pudiendo admitirse como prueba de la celebración del contrato sino el testimonio de la escritura pública que lo contenga, según lo dispuesto por el inciso final del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, ya que el vicio aparece de manifiesto del instrumento mismo, es evidente *ictuis oculi*, a golpe de vista, por lo que el juzgador inclusive debe declararlo de oficio en cumplimiento del deber que le impone el artículo 1726 del Código Civil. Por lo mismo, si estamos frente a un contrato que se ha de mirarlo como no ejecutado o celebrado, es decir, inexistente, y nulo de nulidad absoluta al tenor de lo que dispone el artículo 1725 del Código Civil, ninguna de las estipulaciones contenidas en el mismo puede surtir efecto alguno, y por lo tanto tampoco el acuerdo de someter la litis a la vía verbal sumaria tiene validez y puede surtir efecto. En consecuencia, no podía proponerse el juicio por la vía verbal sumaria al amparo de este contrato nulo de nulidad absoluta y se lo ha de mirar como no ejecutado o celebrado. De otra parte, en el contrato de compraventa e hipoteca abierta que también sirvió de fundamento de la acción, no se convino en someter los litigios a la vía verbal sumaria. En consecuencia, no podía la parte actora pretender que se sustancie su acción por esta vía abreviada. **3.-** De otra parte, inclusive en el caso de que el llamado "contrato de reservación y promesa de actos y contrato conforme al régimen de propiedad horizontal" fuera válido y por lo tanto también lo fuera la cláusula de sometimiento de la litis a la vía verbal sumaria, el contrato de compraventa contenido en la escritura pública otorgada el 1º. de abril de 1996 ante el Notario Público Tercero del cantón Manta, no contiene igual pacto, por lo que las controversias que respecto de él se originaran debían sustanciarse en juicio de lato conocimiento por la vía ordinaria. Por lo tanto, se han acumulado acciones que requerían necesariamente de diversa sustanciación y, en atención a lo que dispone el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, para admitirse la demanda el actor debió pedir expresamente que se la sustancie por la vía ordinaria, lo que no ha ocurrido en la especie. **4.-** Al haberse sustanciado la litis por la vía verbal sumaria, los demandados se han visto imposibilitados de proponer reconvencción, y tampoco han podido solicitar que se articule prueba en segunda instancia, situación que ha sido reclamada por los mismos y que implica que ellos no pudieron ejercitar en debida forma su derecho de defensa y

se han visto en situación de indefensión. **5.-** Por lo tanto se concluye que, si bien es cierto que en la especie el fallo de última instancia efectivamente ha incurrido en falta de aplicación por errónea interpretación del artículo 843 del Código de Procedimiento Civil, sin embargo la demanda no podía sustanciarse por la vía verbal sumaria, porque el convenio constante en el documento privado de promesa de venta de alícuotas en un edificio en propiedad horizontal es nulo y de ningún valor, y porque las acciones fundadas en el contrato escriturario debían sustanciarse por la vía ordinaria, a parte de que no ha acreditado el recurrente que la violación del trámite no ha influido ni ha podido influir en la resolución de la causa ni ha colocado a ninguna de las partes en indefensión, mientras que los demandados expresamente han reclamado porque no han podido ejercitar su derecho a proponer reconvención a la parte actora ni a articular prueba en segunda instancia, todo lo cual implica que efectivamente no pudieron ejercitar en debida forma su derecho de defensa, configurándose en consecuencia la situación prevista en el artículo 1067 del Código de Procedimiento Civil.- Por las consideraciones que anteceden, esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, casa parcialmente el auto recurrido y confirma la declaratoria de nulidad procesal a partir de la demanda y sin reposición, con fundamento en lo que dispone el artículo 1067 del Código de Procedimiento Civil, por haberse producido violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto, lo que ha podido influir en la decisión de la causa por haber colocado a la parte demandada en situación de indefensión.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

f.) Drs. Galo Galarza Paz.- Santiago Andrade Ubidia.- Ernesto Albán Gómez.⁴¹

⁴¹ Gaceta Judicial, Serie XVII, No. 6, pp. 1547-1559

ANEXO 4

Juicio de secuestro provisional, que sigue el Ab. Ángel Jiménez Lascano contra representaciones y construcciones C. Ltda. y otro.

PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, marzo 19 de 1986. Las 09h30. VISTOS: A fs. 8 de los autos comparece, con su escrito de demanda, el Ab. Ángel Jiménez Lascano, quien lo hace como endosatario, por valor al cobro, del Banco Popular del Ecuador S.A., de los cinco pagarés dólares de los Estados Unidos de Norteamérica que obran de fojas 1, 2, 3, 4 y 5 del proceso, suscritos como deudora por la Compañía “Representaciones y Construcciones C. Ltda.” y con el visto bueno de la misma compañía escrito y firmado en cada uno de los cinco documentos, y manifiesta que esos pagarés “se encuentran vencidos por valor de U.S.\$698.615,28 o su equivalente en sucres y o han sido pagados”, por lo cual, en base a esos títulos de crédito y a la información sumaria, aparejada a la demanda, que obra a fojas 6 y 7 de los autos, solicita al Juzgado que, de acuerdo con el Art. 968 del Código de Procedimiento Civil, se ordene el secuestro preventivo de los bienes de dicha Compañía deudora “hasta por un valor que garantice el pago de la totalidad de lo adeudado”. Cada uno de los cinco pagarés dólares, adjuntados a la demanda, llevan escritos al reverso la nota de endoso “por valor al cobro” firmada por el representante del Banco Popular del Ecuador S.A., y, además, el reconocimiento de firma de dicho endosante, realizado en el Juzgado Segundo de lo Civil de Guayaquil. Mediante auto dictado el 10 de octubre de 1985, a las 08h15, el suscrito Juez, acogiendo lo pedido en la demanda, decretó el secuestro preventivo de los bienes de la mencionada Compañía demandada y lo hizo “hasta por una cantidad que no exceda de Seiscientos noventa y ocho mil seiscientos quince dólares americanos, veinte centavos de dólar o su equivalente en sucres”, providencia que fue notificada al Alguacil para que ejecutase tal medida preventiva de apremio real, pero dicho Funcionario, a fs. 10 devuelve la boleta, en que está transcrita aquella providencia inicial, señalando las razones por las cuales no había podido realizar el secuestro. A fs. 11 de los autos comparece, nuevamente, el demandante y manifiesta conocer de dicha boleta devuelta por el Alguacil, conteniendo la mencionada primera providencia del suscrito Juez, e insiste en que se ejecute el secuestro solucionado los obstáculos que impedían realizarlo, a lo que accede el Juzgado en Decreto del 15 de octubre de 1985, a las 10h15, habiéndose practicado aquella diligencia preventiva el día 16 de dicho mes y año, según acta de fs. 13 del proceso. Sin

que el demandante hubiere planteado reforma o aclaración de su demanda, y una vez ejecutada dicha medida preventiva, comparece a los autos Alejandro Muñoz Uscovich, por los derechos que representa de la Compañía demandada: “Representaciones y Construcciones C. Ltda.”, con su escrito de octubre 29 de 1985, dándose por citado con la demanda, rechazando el secuestro practicado y afirmando que los pagarés U.S. dólares, base de la acción judicial, estaban totalmente solucionados, y con su escrito de fs. 21 a fs. 24 dicha demandada propuso, dentro de término, las excepciones siguientes: a) Negativa pura y simple de que su representada sea deudora de los cinco pagarés dólares aparejados a la demanda; pues, según lo expresado por dicho representante de la demandada, esos documentos fueron pagados totalmente, parte en dinero efectivo haciendo la conversión de dólares a sucres a la cotización oficial vigente a la fecha de suscripción de las obligaciones, y la diferencia, pues a la fecha de pago se había producido devaluación monetaria, suscribiendo la Compañía deudora pagarés en sucres a favor del Banco Popular del Ecuador S.A., por el diferencial cambiario, esto es, multiplicando la misma deuda dólares por el valor de dicha devaluación, pagarés sucres que su representada también los pagó, concluyendo por explicar detalladamente la forma en que solucionó, mediante eses sistema, los cinco pagarés dólares, motivo de la demanda; b) Consecuentemente con la primera excepción, opuso la de inexistencia de los créditos aparejados a la demanda. c) Negativa a la validez de las declaraciones de los testigos que debían informar sobre los hechos puntualizados en el No. 2 del Art. 970 del Código de Procedimiento Civil, por considerar que esos testimonios no demuestran la existencia de los requisitos que la ley determina para que se ordene un secuestro. d) Reclama la consiguiente indemnización de daños y perjuicios, tanto en contra del Abogado Ángel Jiménez Lascano como contra el Banco Popular del Ecuador S.A., pues es éste quien endosó los cinco pagarés por valor al cobro que significa mandato, y el mandante debe responder de las actuaciones que ejecuta el mandatario, concluyendo con la petición de que se notifiquen la providencia inicial y su escrito de excepciones al Gerente del aludido Banco, Luis Patricio Martínez Alvear. Trabada la litis, en los términos que anteceden, se han practicado las pruebas solicitadas por las partes, siendo el estado de pronunciar sentencia, para lo cual se considera: PRIMERO.- Que no hay nulidad que declarar pues no se han omitido solemnidades sustanciales, por lo cual este proceso es válido. SEGUNDO.- Planteada la demanda de una providencia preventiva a solicitud del acreedor, el Juez de la causa debe exigir, para ordenarla provisionalmente, que se demuestren la existencia del crédito, con prueba

instrumental, y que los bienes del deudor están en las circunstancias anotadas en el No. 2 del Art. 970 del Código de Procedimiento Civil, requisitos que el Juzgado consideró que se habían cumplido en el presente caso por parte del actor al haber acompañado a su demanda 5 pagarés en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, que obran de fs. 1 a 5 de los autos, suscritos por la Compañía demandada, y vencidos e impagos, pagarés que según su texto, demuestran indudablemente una obligación principal independiente y autónoma, con su propia causa onerosa, coincidente con los términos en que está redactada la propia demanda, y la copia certificada de la declaración rendida por dos testigos sobre los hechos señalados en el Art. 970 del Código de Procedimiento Civil, la misma que obra a fs. 6 y 7 del proceso, pero esas pruebas, naturalmente, justifican que se dicte la providencia preventiva pero sólo en forma provisional, pues están procesalmente expuestas al comentario y análisis jurídicos de las excepciones y a las demostraciones que, en contrario, pueda producir la parte demandada, lo que es natural y lógico desde que en estos juicios se dispone por mandato del Art. 973 del aludido Código, un término probatorio que, en efecto, se lo concedió dentro de este proceso, habiéndose practicado las diligencias solicitadas por ambas partes. TERCERO.- El primero de los fundamentos legales para que se admita al trámite una demanda de providencia preventiva (secuestro en este caso) es que el actor justifique, compruebe instrumental, la existencia del crédito cuyo pago desea asegurar con esa medida preventiva, según lo impone el No. 1 del Art. 970 del tantas veces citado Código, y el demandante, en efecto, acompañó a su demanda los ya indicados 5 pagarés dólares, de propiedad del Banco Popular del Ecuador S.A., que los endosó al actor, por valor al cobro, el 31 de julio de 1985. Pero habiendo afirmado, la demandada, que tales 5 documentos estaban totalmente pagados por ella y, por lo tanto, extinguidas las obligaciones contenidas en los mismos, resultaba esencial la práctica de las pruebas de exhibición de Libros y documentos de Contabilidad solicitados por los litigantes y la confesión judicial del Representante del Banco acreedor, conducentes a demostrar la existencia o la extinción de esos créditos, base de la acción judicial intentada. 1) Así las cosas, el actor dentro del término probatorio solicita, como prueba a su favor, según su escrito de fs. 28 a 33 de los autos, que la compañía demandada exhibiera su contabilidad, diligencia que el Juzgado ordenó a fs. 33 y 33 vta., del proceso, designando como Perito al Ec. José Francisco Samaniego Bernabé quien tomó posesión de su cargo y prestó juramento de ley. El acto de exhibición de esa contabilidad se cumplió según documento que obra a fs. 222 y 223 de este proceso, habiendo observado el Juzgado que, en efecto, la

Compañía demandada había asentado, en sus libros, como “documentos por pagar”, cada uno de esos 5 pagarés dólares, que obran de fs. 1 a 5 de estos autos, y que para extinguir las obligaciones, representadas por tales instrumentos de crédito, había entregado la demandada, al citado Banco acreedor sumas de dinero sucres y suscrito nuevos pagarés en sucres, a la orden de ese mismo Banco, habiendo también solucionado la demandada esos nuevos pagarés sucres, a punto tal que dicha Compañía los mantiene en sus archivos debidamente “cancelados” por el “Banco Popular del Ecuador S.A.” según el sello respectivo colocado en tales documentos con la firma de responsabilidad del Banco aludido. En cuanto al Perito, Ec. Samaniego, presentó su informe el día 11 de marzo del año actual, haciendo un análisis minucioso de la contabilización de cada pagaré dólares y de la forma en que cada documentos fue solucionado, concluyendo el informe pericial con la afirmación de que “los 5 pagarés dólares, aparejados a la demanda como títulos de crédito, y que están descritos en el No. 1 de este informe, se encuentran totalmente pagados por la Compañía Representaciones y Construcciones C. Ltda. al Banco Popular del Ecuador S.A.”. Cabe observar que el Perito adjuntó a su informe xerox copia de los documentos de contabilidad que lo respaldan. 2) Por su parte, también la demandada solicitó dentro del término probatorio, la exhibición de libros y archivos de contabilidad del Banco acreedor de los 5 pagarés adjuntos a la demanda, prueba que el Juzgado la dispuso mediante Decreto del 11 de diciembre de 1985, a las 17h10, reiterada posteriormente con notificación al Gerente del Banco Popular del Ecuador S.A., para que permita la práctica de tal diligencia, habiéndose evidenciado la oposición a su realización con dos manifestaciones: La primera consistente en un escrito del actor, de fecha 17 de febrero del año actual, pidiendo que se postergue esa diligencia “por cuanto el empleado encargado de dicha exhibición se encuentra fuera de la ciudad”, objeción que fue tramitada y contestada por el Juzgado mediante Decreto del 19 de febrero de 1986, a las 17h50, haciendo la advertencia al Banco de que debía suplir al empleado ausente con otro empleado, lo cual resulta elemental tratándose de una Entidad Bancaria y señalándose el 25 de febrero de 1986, a las 10h00 como nueva fecha para la diligencia, habiéndose notificado oportunamente ese Decreto al Gerente del aludido Banco pese a lo cual, el día de la diligencia, y habiéndose constituido el Juzgado en las Oficinas del Banco Acreedor para realizar el acto de exhibición, el actor, Ab. Jiménez, manifestó que no podía cumplirse la diligencia por estar ausentes del Banco su Gerente y el empleado encargado de exhibir los libros y archivos, particular que quedó consignado en la razón escrita por el Secretario del

Juzgado a fs. 219 del proceso. 3) La demandada solicitó confesión judicial al Gerente del Banco Popular del Ecuador S.A., Luis Patricio Martínez Alvear, al tenor del pliego abierto de preguntas que obran a fs. 26 y 27 de los autos, concretadas, básicamente, a conocer su en los balances del aludido Banco correspondientes a los meses desde enero hasta noviembre de 1985 (los cinco pagarés fueron endosados por el Banco en julio de 1985 y la demanda fue propuesta en octubre de 1985) aparecen o no, como activos de dicha Institución, los aludidos cinco pagarés, base de la acción judicial y el confesante rinde la confesión a fs. 110 y 110 vta. del proceso, expresando que los referidos documentos fueron suscritos por la demandada a favor del Banco “en seguridad” de unas cartas de crédito abiertas por dicha Institución bancaria a solicitud de la misma demandada y que, por tanto, las que estaban contabilizadas en los libros de ese Banco eran las referidas cartas de crédito “y no los pagarés”. La indicada respuesta del Gerente del Banco está en clara contradicción con el tenor del literal de los cinco pagarés, aparejados ala demanda, que señalan expresamente la causa por las cuales se dice fueron suscritos, esto es, préstamos hechos por el Banco a la expresada Compañía deudora, y en contradicción también con claros preceptos jurídicos que permiten que un deudor entregue en garantía “créditos” otorgados a su favor pero no pueden ser tales garantías otras deudas del mismo deudor para con su acreedor, además de que los referidos cinc pagarés no revelan, en forma alguna, que sean instrumentos sucritos en seguridad de obligaciones principales. La mencionada confesión judicial, analizada en relación a los cinco pagarés, evidentemente demuestra que dichos títulos no son un crédito en favor del Banco endosante, y al haber reconocido el confesante que los pagarés aludidos no están registrados en la contabilidad del Banco Popular del Ecuador S.A., se torna innecesaria la práctica de la diligencia de exhibición de los Libros y Archivos de contabilidad del Banco en mención pues está reconociendo que los pagarés dólares a examinarse no están asentados en la contabilidad de la expresada institución bancaria. CUARTO.- El segundo fundamento de una providencia preventiva es el referente al estado de los bienes del deudor, que deben estar en circunstancias tales que “se hallan en tal mal estado que no alcanzarán a cubrir las deudas, o que pueden desaparecer u ocultarse, o que el deudor trate de enajenarlos”, según lo expresa el No. 2 del Art. 970 del Código de Procedimiento Civil. De esas posibilidades, indudablemente el demandante pretendió demostrar que los bienes de la demandada, “podían desaparecer u ocultarse” y con esa finalidad acompañó a la demanda la información sumaria de fs. 6 y 7. que la Compañía “Representaciones y construcciones C. Ltda.”, la rechaza e impugna

manifestando, como una de sus excepciones, que con las respuestas a las preguntas 5ª y 6ª nada se prueba ni acredita a favor de la posesión jurídica del demandante. En efecto, los dos testigos, al responder a la pregunta 6ª y dar razón o explicación de sus dichos, coinciden en manifestar que les consta que los bienes de la demandada pueden desaparecer u ocultarse por cuanto en varias ocasiones han ido hasta las bodegas, en donde estaban los bienes a efectuar cobros de facturas; y, naturalmente, el mero hecho aislado de ir a hacer cobros no significa, necesariamente, que los bienes que se encuentran en el lugar de ese cobro pueden ocultarse o desaparecer, a no ser que los testigos manifiesten otros hechos que razonablemente expliquen o justifiquen esas posibilidades de ocultamiento o desaparición de los bienes de la demandada, según lo prevé el Art. 228 del Código aludido, lo cual evidentemente no consta de las mencionadas dos declaraciones testimoniales, adjuntadas a la demanda, ni han sido demostrado dentro del término probatorio, por lo cual el Juzgado debe concluir en que, evidentemente, esa prueba testimonial es jurídicamente insuficiente para demostrar los hechos señalados en el No. 2 del Art. 970 del Código tantas veces referido. QUINTO.- A solicitud de la demandada se realizó, a fs. 77 de los autos, la notificación legal al Gerente del Banco Popular del Ecuador S.A. con la providencia inicial, dictada por el suscrito ordenando el secuestro, así como con el escrito en que la demandada propone sus excepciones a la demanda y reclama la indemnización de daños y perjuicios, notificaciones pedidas por la propia demandada no obstante que, a su criterio, son innecesarias por resultar evidente la responsabilidad jurídica del Banco aludido que, en forma alguna, y pese a haber sido notificado, se ha dejado oír dentro de esta causa. Según consta de los 5 pagarés dólares, aparejados a la demanda, la Compañía “Representaciones y Construcciones C. Ltda.”, lo suscribió a favor del “Banco Popular del Ecuador S.A.” quien, obviamente, se convirtió en dueño de esos pagarés y, como tal, podía endosarlos, lo cual efectivamente lo hizo escribiendo, al reverso de cada documento, la nota de endoso “por valor al cobro” a favor del A. Ángel Jiménez Lazcano, sin que conste más endosos en los aludidos pagarés, apareciendo escrita, si, en cada documento, el acta de reconocimiento judicial de la firma del endosante, funcionario autorizado por dicho Banco. El endoso “por valor al cobro” autoriza, naturalmente, para que el endosatario pueda demandar el pagaré en vía judicial, como en efecto lo hizo el Ab. Ángel Jiménez Lazcano al proponer la demanda de secuestro en este juicio, y la expresión “por valor al cobro” significa mandato, procuración, a favor del endosatario, según el Art. 426 del Código de Comercio, lo que quiere decir, en derecho, que el endosante es un mandante del endosatario, a quien faculta

para realizar a nombre del mandante, los actos judiciales y extrajudiciales conducentes a la recaudación de los créditos, lo que, en efecto, fue cumplido por el endosatario dentro del límite legal de sus posibilidades al proponer la demanda dentro de esta causa y posteriormente la consiguiente acción ejecutiva principal en el Juzgado Duodécimo de lo Civil de Guayaquil. Pero cuando un mandatario ejecuta actos dentro de los límites de su mandato, como es el caso del endosatario por valor al cobro que realiza trámites judiciales para asegurar el cobro, y cobrar, créditos que piensa existen a favor del mandante, es indudable que este último, o sea el mandante, deberá cumplir las obligaciones derivadas del uso o empleo legítimo del poder por parte del mandatario, pues así lo dispone el Art. 2.091 del Código Civil que dice: “El mandante cumplirá las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario dentro de los límites del mandato”, y una de las varias obligaciones (en este caso nacida de la ley, que es fuente de obligaciones) que contrae un mandatario, por valor al cobro, que en ejercicio de su mandato plantea un juicio de secuestro preventivo, es la de tener que indemnizar al demandado en caso de haber solicitado una medida preventiva ilegal e injusta, pues así lo impone el Art. 975 del Código de Procedimiento Civil, responsabilidad indudable en este caso, en el mandante, Banco Popular del Ecuador S.A., pues endosó por valor al cobro los 5 pagarés dólares mencionados sin haber advertido al endosatario. Ab. Jiménez, que esos documentos estaban solucionados, ya que los referidos instrumentos de crédito no constan la menor referencia a que hubiesen abonos por cuenta de los mismos, y menos aún que estuviesen pagados. Por consiguiente, es indudable que las obligaciones contraídas por la gestión judicial del endosatario, Ab. Ángel Jiménez Lascano, que demandó el secuestro en ejercicio legítimo de su mandato, inciden exclusiva y directamente en el mandante, “Banco Popular del Ecuador S.A.”, y una de ellas es la de indemnizar daños y perjuicios a la demandada, según lo dispuesto en el Art. 975 del Código de Procedimiento Civil.- SEXTO.- Adicionalmente a lo expresado en los considerandos Tercero y Cuarto precedentes, que justifican por sí solos suficientemente, la revocatoria del secuestro preventivo ordenado y realizado, la declaración de no haber lugar a la demanda y la condena, al acreedor, al pago de indemnización de daños y perjuicios, la compañía demandada ha demostrado, con prueba instrumental, que el An. Jiménez Lascano, que propuso el consiguiente juicio ejecutivo principal contra la demandada, en el Juzgado Duodécimo de lo Civil, lo ha dejado de continuar ese juicio durante más de treinta días, pues de acuerdo a la copia certificada de dicho proceso, conferida el 11 de marzo de 1986,

la última solicitud del ejecutante fue el 23 de enero de 1986, y hasta marzo 11 han transcurrido, con exceso, esos treinta días, y si se considera que el escrito presentado por el Ab. Jiménez, en aquel juicio ejecutivo, es de fecha 14 de marzo de 1986, entonces también habrían transcurrido más de treinta días desde la fecha 29 de enero de 1986 para la cual se convocó a junta de conciliación en dicho juicio ejecutivo. Consecuentemente, y aún cuando no se hubiesen comprobado las razones jurídicas consignadas en los precedentes considerandos tercero y cuarto, las circunstancias anotadas en el presente considerando son suficientes para declarar caducado el secuestro preventivo y concluido el presente juicio, con las consecuencias jurídicas indemnizatorias a cargo del acreedor, de conformidad con el Art. 994 del Código de Procedimiento Civil. Por las razones expresadas en los considerandos que anteceden, el Juez Cuarto de lo Civil de Guayaquil, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, declara sin lugar la demanda de secuestro preventivo propuesta por el Ab. Ángel Jiménez Lascano endosatario por valor al cobro del Banco Popular del Ecuador S.A., en contra de “Representaciones y Construcciones C. Ltda.”, y, en consecuencia, se revoca el auto de secuestro preventivo, en este juicio, el 10 de octubre de 1985 a las 08h15 y se declara, por tanto, caducado y levantado el secuestro ejecutado sobre los bienes de la demandada, debiendo notificarse al Depositario Judicial para que se los entregue. De acuerdo con el Art. 975 del Código de Procedimiento Civil se condena a la acreedora, “Banco Popular del Ecuador S.A.” al pago de indemnización de daños y perjuicios a la Compañía demandada, que se liquidarán en juicio verbal sumario de acuerdo al Art. 898 del referido Código. Con costas, se regulan en S/. 500.000,00 los honorarios del Abogado defensor de la demandada.- Notifíquese. f) Alejandro Martínez Roia.-

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, a 23 de enero de 1987; las 09h50.- VISTOS: En la demanda de secuestro provisional de bienes que por los derechos que representa del Banco Popular del Ecuador S.A., como endosatario por valor al cobro de cinco pagarés que totalizan la suma de U.S.A \$698.615,20 en contra de la Compañía Representaciones y construcciones C. Ltda., sigue el AB. Ángel Jiménez L., el Juez Cuarto de lo Civil pronunció sentencia declarando sin lugar la demanda. Inconforme con esta resolución en tiempo oportuno el mandante

interpuso recurso de apelación por lo cual los autos fueron elevados al Superior habiéndose radicado la competencia previo el sorteo de ley en esta Sala. Corresponde resolver, y para hacerlo se considera: PRIMERO.- Del análisis del proceso no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que lo afecte, y habiéndose dado el trámite inherente a su naturaleza se proclama su validez. SEGUNDO.- El secuestro, la retención de la cosa sobre que se va a litigar o se litiga, la prohibición de enajenar bienes, la de ausentarse del País en el caso del deudor extranjero, son medidas preventivas regladas en la Sección 30ª del Título II, Libro II del Código de Procedimiento Civil. El legislador con docta sapiencia ha establecido en nuestro procedimiento: Las pruebas de simple formalidad sometidas al examen y decisión del Juez para dictar el auto provisional correspondiente; y las pruebas de fondo que requieren las solemnidades de carácter universal prescritas en la ley y que se ser verdaderas presten fe de modo definitivo para que se consagre la medida preventiva solicitada por el acreedor. Para el primer grupo, el Art. 970 del citado Estatuto Legal precisa dos requisitos; 1) Que se justifique con prueba instrumental la existencia del crédito y 2) Que se pruebe que los bienes del deudor se hallan en tan mal estado, que no alcanzaría a cubrir la deuda, o que puedan desaparecer u ocultarse, o que el deudor trata de enajenarlos. El segundo grupo probatorio del Art. 973 dispone que en el mismo auto se recibirá la causa a prueba por el término de tres días y su de éstas resultan “justificados plenamente” los requisitos en referencia, el Juez pronunciará auto de secuestro, retención o prohibición de enajenarse, según el caso. Vencido el acreedor en este juicio, será condenado en costas, daños y perjuicios. El deudor será también condenado en costas si hubiese litigado con temeridad o mala fe. TERCERO.- Obra de autos las copias certificadas del juicio ejecutivo que fue propuesto por el Abogado Jiménez Lascano contra la compañía demandada el 25 de octubre de 1985, habiéndole correspondido conocer de esta acción al Juez Duodécimo de lo Civil de Guayaquil por el sorteo de ley, juicio ejecutivo que al no haberse operado, ni el desistimiento expreso ni el abandono por le ministerio de la ley se mantiene en plena vigencia; de modo que, reseguir su trámite correspondería al prenombrado Juez examinar las pruebas que en ese proceso actúan los debatientes sobre los susodichos pagarés para luego decidir las pretensiones del ejecutante y excepciones de la compañía demandada en sentencia, fallo que al ser recurrido por uno de los litigantes tendrá que someterse de rigor a examen y resolución del Tribunal de Alzada cuya competencia se radique por el sorteo de ley. Esta la razón por la cual la Sala se abstiene de pronunciarse sobre la comentada prueba instrumental. CUARTO.- Respecto

al segundo de los requisitos de la citada disposición legal atinente al mal estado económico del deudor o a su conducta de pretender ocultar o enajenar sus bienes o a que éstos puedan desaparecer u ocultarse, se observa que el accionante Ab. Jiménez Lascano como única prueba presentó a los testigos: Oscar Moncayo Torres y Olga Benítez Rodríguez, declaraciones de nudo hecho que ni tuvieron otro propósito –como ya se deja dicho- de alcanzar el secuestro o medida preventiva que provisionalmente dictó el Inferior. La convicción del Juez o Tribunal de Alzada para aceptar definitivamente la medida preventiva en referencia debe estar litigada a prueba plena de los requisitos que le originaron y no como en el presente caso a simples declaraciones de testigos que hasta en la razón de sus dichos pecan de ilógicos e intrascendentes. La prueba que se produce dentro del término de ley y con notificación contraria tiene que justificar plenamente -insistimos- el comentado requisito y esta necesaria e imprescindible exigencia no se ha dado en el presente caso.

QUINTO.- Por otra parte, también se ha producido la caducidad del secuestro por cuanto el Ab. Jiménez Lascano si bien propuso la demanda en lo principal dentro de los quince días de ordenado por el Inferior, no es menos cierto que la expresada demanda dejó de continuarla por un término que sobrepasa los treinta días señalados en el Art. 994 parte final del citado Código Adjetivo. Basta observar que desde la providencia última dictada por el Juez `por la cual convocó a las partes a Junta de conciliación para el día miércoles 19 de enero de 1986, el actor (no compareció a dicha diligencia) había presentado de modo extemporáneo su escrito el 14 de marzo de 1986 solicitando nueva convocatoria (fojas 11 a 13 de las copias certificadas que constan en el cuaderno de segunda instancia) retraso que originó la mentada caducidad, habida cuenta que no es valedera su alegación de que no se evacuó la junta de conciliación puesto que carece de prueba que la sustente.

SEXTO.- Es indudable que el endosatario por valor al cobro Ab. Jiménez Lascano tiene la calidad y condición jurídica de Mandatario del Banco Popular, de modo que los actos cumplidos por éste dentro de la órbita de su mandato obligan a su mandante como si éste los hubiere realizado. Por lo tanto, ha lugar a que la citada Institución Bancaria pague a la Compañía demandada de conformidad con el Art. 975 del Código de Procedimiento civil y por cuerda separada los daños y perjuicios que hubiere ocasionado a Representaciones y construcciones C. Ltda., por conseguir arbitrariamente que se dicte la medida cautelar motivo de la presente causa. Con estos antecedentes, se confirma el auto dictado por el Inferior, quien indebidamente le ha dado el carácter de sentencia, puesto que no se ha justificado el segundo de los requisitos del citado Art. 970 y se ha producido caducidad del

secuestro como queda explícitamente expuesto en los considerados precedentes. La suerte de los pagarés que fundamentan la acción ejecutiva y que sirvieron para completar uno de los requisitos necesarios para el secuestro, serán resueltos oportunamente por el Juez y Tribunales de Alzada correspondientes, siempre que los litigantes ejecutantes o ejecutado impulsen su trámite. Con costas. Regúlase en diez mil sucres los honorarios del Abogado del actor por su trabajo profesional en esta instancia, Notifíquese y devuélvase el expediente al despacho de origen para su archivo. F) Guillermo Espinosa Vega.- f) Gustavo Tama Navarro.- f) Miguel Villacís Gómez.-

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 24 de junio de 1987; las 15h00. VISTOS: La presente causa se inicia con la demanda de secuestro preventivo solicitado por el Abogado Ángel Jiménez Lascano en contra de Representaciones y Construcciones C. Ltda., fundado en cinco pagarés en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica que obran a fs. 1, 2, 3, 4 y 5 de cuaderno de primera instancia y que totalizan U.S. \$693.615,28, suscritos por la mencionada Compañía a la orden del Banco Popular del Ecuador S.A., y endosados por dicha institución Bancaria, por valor al cobro, a favor del Ab. Jiménez Lascano, según la respectiva nota de endoso y el acta de reconocimiento de firma, constante al reverso de cada pagaré. Basado en esos cinco pagarés, el actor justifica la existencia de los títulos de crédito, a que se refiere el No. 1 del Art. 970 del Código de Procedimiento Civil, entonces vigente (914 Codificación), y con la declaración de testigos que obra de fs. 6 y 7 del referido expediente, cumple el requisito consignado en el No. 2 de la citada norma legal. Ordenando el secuestro, por una suma equivalente al momento de los pagarés demandados, o sea U.S. \$698.615,28 o su equivalente en sucres, tal como lo fue pedido en la demanda y luego ejecutada dicha diligencia preventiva, se citó a la Compañía demandada, que dedujo sus excepciones alegando básicamente, la inexistencia de los supuesto créditos, representado en los cinco pagarés, por estar todos ellos pagados, e invalidez e improcedencia de la prueba testimonial, agregada a la demanda, con lo cual, según la demanda, no se habrían cumplido los dos requisitos fundamentales del mencionado Art. 970 del Código aludido (Art. 914 Codificación), concluyendo dicha compañía por reclamar la revocatoria del auto de secuestro preventivo y que se condene al pago de las indemnizaciones de daños y perjuicios tanto al Ab. Jiménez Lascano, mandatario del Banco Popular del Ecuador S.A.,

pues los endosos por valor al cobro significan mandato, cuando al indicado Banco mandante, que debe responder por los actos de su procurador. Dentro del término fijado en el Art. 994 del Código de Procedimiento Civil (Art. 938 codificación) el Ab. Ángel Jiménez Lascano, en su misma calidad de acreedor endosatario, por valor al cobro, del Banco Popular del Ecuador S.A., propuso la acción ejecutiva principal No. 681, en el Juzgado Duodécimo de lo Civil de Guayaquil, contra la mencionada Compañía “Representaciones y Construcciones C. Ltda. Igualmente, consta de autos que la referida Compañía demandada pidió al Juez de Primera Instancia que dispusiera se notifique con el auto inicial y con el escrito de excepciones al representante legal del Banco endosante de los Pagarés, diligencia que, en efecto, se cumplió por orden judicial. Trabada la litis, se practicaron todas las pruebas solicitadas por las partes, y el Juez de primera instancia dictó sentencia declarando sin lugar la demanda, revocando el auto de secuestro preventivo y condenando al Banco Popular del Ecuador S.A., endosante por valor al cobro de los cinco documentos de crédito, al pago de la indemnización de daños y perjuicios prevista en el Art. 994 del aludido Código Procesal (Art. 938 Codificación). Por recurso de apelación de dicho fallo, la causa pasó a conocimiento de la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, que dictó su resolución confirmando las decisiones del inferior. Interpuso el recurso de tercera instancia, correspondió el conocimiento del caso a esta Sala, por sorteo, y para resolver se considera: PRIMERO.- Que no existe nulidad que declarar, por cuando en la tramitación de la causa se ha observado todos los requisitos legales. SEGUNDO.- El actor solicitó como prueba a su favor que la Compañía demandada exhibiera sus libros y documentos de contabilidad para establecer, en mérito a ellos, la existencia de las obligaciones, base de la demanda, y el Juez con intervención del perito, Economista José Francisco Samaniego Bernabé, practicó la diligencia que obra a fojas 222 y 223 de los autos, habiendo comprobado que, según dichos libros, las referidas obligaciones estaban pagadas, lo cual lo confirma el perito en su informe de 11 de marzo de 1986. TERCERO.- Por sumarte la demandada también solicitó idéntica prueba de exhibición y examen de los libros de contabilidad del Banco mandante, pero dicha prueba no pudo realizarse por negativa de la expresada Institución Bancaria, tal como se desprende de los decretos de diciembre 11 de 1985, a las 17h10 y 19 de febrero de 1986, a las 17h50 y con la razón del Secretario del Juzgado que consta a fojas 219 del cuaderno de primera instancia. La valoración definitiva de estas pruebas deberá hacerse dentro del juicio ejecutivo principal, propuesto por el actor en el Juzgado Duodécimo de lo Civil del Guayas. CUARTO.-

Correspondía al actor probar el requisito consignado en el No. 2 del Art. 970 del Código de Procedimiento Civil, y la declaración testimonial practicada no demuestra en lo absoluto, alguno de los hechos que deben acreditarse, según aquella norma legal, para que proceda el secuestro de bienes, particularmente por las razones que expresan los declarantes al formular sus respuestas, que son carentes de congruencias y de lógica.

QUINTO.- Según el Art. 994 del Código de Procedimiento Civil (Art. 938 Codificación), el secuestro preventivo caduca si el demandante dejare de continuar, por treinta días o más, la acción principal, y consta de autos que cuando se dictó el fallo de primera instancia había transcurrido con exceso ese tiempo sin que el ejecutante hubiese continuado con el trámite del juicio Ejecutivo. Además la demanda ha presentado, en esta instancia, copia certificada del referido juicio ejecutivo principal, otorgada el 25 de mayo de 1987, y de ese documento consta que ha transcurrido más de un año sin que el ejecutante Ab. Ángel Jiménez Lascano, haya hecho gestión alguna para impulsar aquella causa, lo que corrobora y confirma la caducidad del secuestro.

SEXTO.- El endoso por valor al cobro de los cinco pagarés. Acompañados al escrito de demanda, significa un mandato otorgado por el Banco Popular del Ecuador S.A. a favor del Ab. Ángel Jiménez Lascano, precisamente para que proceda a la recaudación del valor total de cada documento, pues en ellos no constan abonos de ninguna clase. Por lo tanto, el actor actuó dentro de los límites de su poder al iniciar la acción judicial que dio origen a esta causa y por el momento de los cinco documentos de crédito, razón por la cual es aplicable la disposición legal contenida en el Art. 2.091 del Código Civil que dispone que el mandante responderá por las obligaciones contraídas por el apoderado que actúa dentro de los límites de su mandato, siendo precisamente éste el caso de examen, y una de esas obligaciones, a cargo del endosante, Banco Popular del Ecuador S.A., es la de indemnizar daños y perjuicios a la Compañía demandada, como consecuencia de la revocatoria del auto de secuestro preventivo, al tenor de lo dispuesto en el Art. 994 del Código de Procedimiento Civil (Art. 938 Codificación), tal como lo consignan las resoluciones dictadas en primera y segunda instancias, dentro de esta causa. Por las consideraciones expuestas, la Cuarta Sala de la Excma. Corte Suprema de Justicia, confirma la Resolución venida en grado. Con costas. Regúlase en cincuenta mil sucres los honorarios del Abogado de la demandada. Notifíquese. F) Ricardo Acevedo Cortez.- f) Ramiro Larrea Santos.- f) Jorge Fantoni Camba.⁴²

⁴² Gaceta Judicial, Serie XIV, No. 15, pp. 3501-3512.

ANEXO 5

Rompimiento del principio de proporcionalidad, enjuiciamiento penal de las personas que actuaron dolosamente en el proceso y condena al acreedor-actor al pago de daños y perjuicios.

Juicio ejecutivo, que por dinero (letra de cambio) sigue el Dr. Víctor Albuja Zumárraga contra Plastex S.A.

PRIMERA INSTANCIA

Quito, a 21 de julio de 1986; las 09h00. **VISTOS:** El doctor Víctor Albuja Zumárraga expone en su escrito inicial que de la letra de cambio adjunta, aparece que la Industria de Plásticos Expendibles PLATEX S.A., representada legalmente por su Presidente MIGUEL BURGAENTZLE, adeuda de plazo vencido la cantidad de ochenta y siete mil quinientos dólares americanos, por lo que fundado en los artículos 450 y 452 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 410 del Código de Comercio, y en su calidad de endosatario valor al cobro demanda ejecutivamente a la Industria de Plásticos Expendibles PLATEX S.A. en la persona de su Presidente, a fin de que en sentencia se le condene al inmediato pago del capital, esto es de la cantidad indicada, con los respectivos intereses vencidos y que se vencieren hasta la total cancelación de la obligación y las costas procesales, inclusive los honorarios profesionales suyos. Dice que reconocerá abonos parciales que se justifiquen legalmente. Solicita el secuestro de maquinaria, mercadería, materia prima, bienes muebles y más enseres de propiedad de la compañía demandada, así como de los vehículos. Aceptada la demanda a trámite, por el señor Juez Duodécimo de lo Civil a cuyo conocimiento pasó mediante el sorteo respectivo, se practicó el secuestro los días ocho y quince de julio de mil novecientos ochenta y cinco, y el señor Miguel Burgaentzle Schller, en su condición de Gerente General y representante legal de Industria de Plásticos Expandibles, sin ser citado, propone el diez y siete de esos mismos mes y año, en el escrito de fs. 35, las siguientes excepciones: negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; nulidad de ésta por no cumplir el requisito establecido en el numeral dos del artículo 67 del Código de Procedimiento Civil, de indicar cual es el actor, ya que si el doctor Albuja es endosatario valor al cobro, debe

indicar el nombre de quien actúa y quien será el beneficiario del pago; el doctor Gonzalo Ocaña o Bayer A. G., que es una compañía extranjera; nulidad de título y de la acción deducida a base de él, por cuanto si el beneficiario del pago fuese en el supuesto caso de ser auténtico el documento, Bayer A.G., debió proceder a notificar a Plastex S.A., con el protesto por falta de pago, por no haber estipulación contraria de conformidad con el artículo 452 del Código de Comercio; alega nulidad de los endosos y del juicio por falta de notificación del endoso del documento materia de la ejecución, por ser posterior a la fecha del vencimiento según el artículo 428 del Código de Comercio, produciendo solamente el efecto de una cesión ordinaria; ilegitimidad de personería del actor, por presentarse como endosatario por valor al cobro, siendo el endoso con fecha posterior al vencimiento de lo que le convierte en falso procurador, o si tiene poder de BAYER A. G. de Alemania, no lo adjunta a la demanda; nulidad y falsedad del título fundamento de la acción por su forma y contenido que se trata de un pagaré simple no a la orden, dada la forma en que está emitido, por no haber sido girado en idioma español sino en Inglés, por no tener lugar ni fecha en que ha sido girado, por haberse llenado con posterioridad a la fecha en que ha sido girado el lugar y la fecha y la aceptación y por contener la obligación de pagar en moneda diferente al sucre; alega también inejecutabilidad del título y de la acción; nulidad de la demanda por falta de determinación de la cuantía; ilegitimidad de la demanda por falta de determinación de la cuantía; ilegitimidad de personería del demandado; prescripción tanto de la acción ejecutiva como de la ordinaria, así como de la acción cambiaria; y, finalmente que la empresa no debe intereses de ninguna clase de Bayer A. G.- Estas excepciones han sido propuestas dentro del respectivo término, tomando en cuenta lo previsto en el artículo segundo innumerado que contiene el artículo 11 del Decreto Supremo número 3070, publicado en el Registro Oficial 735 de veinte de diciembre de mil novecientos setenta y ocho. Posteriormente y por recusación ha venido éste proceso a conocimiento de esta Judicatura y el demandado deduce nuevas excepciones, lo cual no es procedente. Trabada la litis en esta forma; y al haber concluido la sustanciación de la causa, para resolver, no se ha incurrido en omisión de solemnidad sustancial alguna, consecuentemente se declara la validez de lo actuado.- En lo que se refiere a la falta de determinación de la cuantía en la demanda, por no ser objeto de excepción y para el caso de que no se hubiere cumplido con esa exigencia legal, no se acepta tal alegación. SEGUNDO.- Analizado el documento que sirve de base a la demanda, se tiene: a) que en la traducción efectuada por Rotraut de Engel (fs, 8-9) se indica que es letra de cambio, pues textualmente traduce entre otras

excepciones: “Yo, Nosotros nos comprometemos para contra esta letra de cambio”, b) que la ser objetada dicha traducción se nombró nuevo perito dentro del término probatorio, a pedido del demandado, y en su informe que obra de fojas 65, afirma que esa promesa es de pagar en contra de un pagaré: “Yo, nosotros prometo pagar en contra de este pagaré”. Al Respecto y verificada la traducción de las palabras “This promissory note” en diferentes diccionarios especializados y comunes su significación única es de “Pagaré”, y la que corresponde a Letra de Cambio es “bill of exchange”; c) que no obstante esta declaración sobre el texto de la traducción de la palabra pagaré y aún cuando el asunto admitiera discusión sobre la naturaleza misma del documento es evidente que no se cumple con el requisito del numeral segundo del artículo 410 del Código de Comercio, ya que no existe la orden incondicional de pagar una cantidad determinada sino “el compromiso” personal de hacerlo, ya que el texto dice: (traducido al español “Yo (Nosotros) prometemos pagar contra este pagaré a Bayer A.G. o a su orden la suma de...” de suerte que se trata claramente de un compromiso y no de una orden, de un pagaré y no de una letra de cambio. TERCERO.- Entre las excepciones deducidas está la de prescripción de la acción ejecutiva planteada, que es igual tanto para letras de cambio como para pagarés a la orden, según los artículos 479 y 488 del Código de Comercio, que es de tres años, siendo evidente que en el presente caso no se ha hecho uso de la acción cambiaria que tendría cinco años de duración, y que se la ejercita en forma expresa con fundamento en el artículo 461 del Cuerpo Legal referido, lo cual no ocurre en este caso. El título de fojas uno tiene fecha de vencimiento 29 de enero de 1981, y por consiguiente pudo plantearse la acción ejecutiva dentro de los tres años subsiguientes. Empero, la demanda es presentada el 25 de junio de 1985, y el demandado se da por citado el quince de julio de ese año, habiendo en cualquiera de los dos casos el tiempo previsto para la prescripción, de lo que resulta aceptable esta excepción. CUARTO.- El anterior considerando inhibe al Juzgado de realizar otros razonamientos sobre las demás excepciones deducidas por el demandado, o sobre otras diligencias probatorias, como la de validez o invalidez del documento por haber sido llenado o no con posterioridad y la de carencia de derecho del actor por alguna irregularidad en alguno de los endosos. Por lo expuesto, y de acuerdo al considerando tercero, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza la demanda. Sin costas. Notifíquese.- f) Mariana Yépez Andrade.-

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, a 22 de abril de 1987; las 09h00. **VISTOS:** Para resolver los recursos de apelación interpuestos por actor y demandado en el juicio seguido por el Dr. Víctor Albuja Zumárraga contra Industrias de Plásticos S.A., representada por el señor Miguel Burganeztle se considera: PRIMERO.- No existe motivo ni omisión alguna que causa la nulidad del proceso cuya validez se declara. Segundo.- A) El actor Dr. Víctor Albuja Zumárraga deduce su acción como endosatario valor al cobro del Dr. Gonzalo Ocaña quien lo es a su vez, según la nota de endoso puesto al anverso del documento de fs. 1, de Bayer A.G. por quien hay dos firmas ilegibles; b) El actor funda su demanda ejecutiva en el instrumento que acompaña al libelo, que obra de fjs 1 que está redactado en dos idiomas: inglés y castellano y del cual, conforme a la diligencia de fjs. 6 a 11, ha hecho la traducción la Perito Rotraut de Engel, cuyo nombre para la traducción fue insinuado por el Dr. Gonzalo Ocaña, quien afirma que, es versada en los dos idiomas. TERCERO.- Examinado el documento de fs. 1, que afirma el actor es una Letra de Cambio, se encuentra que no existe puestas en inglés las palabras “hill of exchange” cuya traducción al castellano es “Letra de Cambio” sino las palabras “promissory note” que se traducen en castellano por “promesa de pagar” o como Pagaré, demostrándose procesalmente el error del perito traductor Rotraut de Engel mediante el informe pericial de fs. 65 a 91 que lo acoge la Sala pues además es coincidente con las traducciones en las copias xerox de los Diccionarios presentados por el demandado de fs. 68 a 86. CUARTO.- El pagaré a la orden no es una promesa de pago sino una aceptación incondicional de pago, incondicionalidad que tampoco existe en el documento de fs. 1, y aún en el supuesto de que dicho documento fuese un pagaré, se encuentra: a) Que la demandada no firma ni suscribe el texto por el cual prometería pagar contra ese pagaré, sino que la que suscribe es la propia Bayer A. G. produciéndose una contradicción que repugna a la naturaleza jurídica del pagaré; b) Así mismo al reverso del documento hay dos aceptaciones la de Bayer A.G. que está aceptando pagar a Bayaer A.G. y la de Plastex con la firma de su Presidente (cuestionada por el Perito) que acepta pagar sin estar obligado según el texto del documento, lo que Bayer A.G. dice que pagará a Bayer A.G., anomalía que se oponen a la naturaleza del Pagaré, produciéndose una confusión que hace que el deudor deba pagar a sí mismo como acreedor; por lo mismo estando el documento indebidamente extendido se invalida en sí de lo cual hay que, el documento en que se funda la acción, no es ni Letra de

Cambio ni Pagaré, y consecuentemente no podía servir, ni sirve, como título ejecutivo.

QUINTO.- La Sala considera además lo dispuesto en el Art. 479 del Código de Comercio, aplicable tanto a la Letra de Cambio cuando al pagaré, en conformidad con el Art. 487 íbidem, teniendo en cuenta el texto del documento y la fecha en que los demandados se dan por citados con la demanda, para considerar pertinente la excepción a fs. 37 de los autos, excepción en la que se alega por parte de la demandada expresamente la prescripción, aún en el caso de que el documento en que se funda la demanda pudiese ser de algún modo título ejecutivo.

SEXTO.- Es verdad que el Art. 459 del Código de Procedimiento Civil faculta al ejecutante pedir el secuestro de bienes muebles que aseguren la deuda siempre que se acompañe prueba “plena” de que tales bienes son de propiedad del deudor, pero, como toda providencia preventiva, ella no puede hacerse sino en la medida que permite la Ley; y además, en conformidad con el Art. 6 del Código Civil se entiende que la ley es conocida por todos y por lo mismo no podía procederse a un secuestro dejando a criterio de los auxiliares judiciales la determinación de la cuantía que el actor, en su demanda, la refiere al valor constantes en el título que es en dólares y el Juez ordena en el auto de pago que se encuentren bienes muebles hasta cubrir “la cantidad demandada más un diez por ciento”, sin convertir a sucres la cantidad que se demanda y con un título que el actor se encontraba especialmente obligado a conocer, conforme a las disposiciones del Código de Comercio, que no era ni Letra de Cambio ni título ejecutivo.

SEPTIMO.- Examinando en su conjunto el proceso tanto en la diligencia de traducción, en la sui generis diligencia previa que vendía a ser prueba plena exigida por la Ley para determinar la propiedad del deudor sobre los bienes secuestrados, la ligereza e irresponsabilidad en no exigir una aclaración al Juez sobre el monto del secuestro expresado en sucres, la sorprendente diligencia de los auxiliares de la Justicia en el secuestro, la renuencia posterior del Alguacil y Depositario, los informes periciales de fs. 65 y 81, las informaciones dadas en la inspección judicial de fs. 57 vta. y 58, así como el informe grafológico del perito Dr. Emilio Velasco Céleri de fs. 104 a 109, llevan a concluir que se buscó infundir en el demandado el temor del secuestro fundándose en un crédito amparado por un documento que no podía ser considerado como título ejecutivo, valiéndose de procedimientos judiciales. Además la diligencia de traducción, hace también concluir que se llamó a engaño al juez por medio de la traducción indebidamente realizada por la perito Rotraut de Engel, de quien se afirmó que “es persona versada” en el idioma inglés y en el castellano, para conseguir la medida precautoria.

OCTAVO.- Una recta

Función Jurisdiccional exige el respecto de las normas legales y que su fundamento ortodoxo sea practicado por litigantes, juzgadores y curiales; en el caso esa ortodoxia ha sido descuidada tanto en lo sustantivo como en el adjetivo, situación que debe enmendarse con los correctivos adecuados. Por estas consideraciones: ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso interpuesto por el actor y se desecha la demanda. Por ser pertinente se condena al actor endosatario y a su inmediato endosante el pago de daños y perjuicios que se liquidarán verbal y sumariamente; no proceder así sería desconocer que el perjuicio es el corolario ineludible de haberse privado injustamente al propietario del goce de los derechos inherentes a su dominio sobre los bienes secuestrados por medio de una acción deducida por quien pide las medidas, sanción legal que opera forzosamente y que puede ser, además, una forma de extorsión punible porque obliga al deudor a privarse de sus derechos de defensa o como sucede, cuando, abusando del derecho, la medida se constituye en una forma de intimidación en que el demandado se ve obligado a ceder a las exigencias del actor para evitar una grave daño moral y material, mucho más en el caso en que endosante y endosatario son Abogados, obligados a conocer las condiciones que, por su naturaleza y forma, debe tener un documento para constituir título ejecutivo. En aplicación a lo dispuesto en el Art. 236 del Código de Procedimiento Civil y el Art. 18 del Código de Procedimiento Penal se dispone que una vez ejecutoriada esta sentencia se saquen copias de todo el proceso y se remita a la oficina de sorteos para que se inicie el correspondiente juicio penal, como también de toda la diligencia de traducción del documento de fs. 1 para que se inicie el correspondiente juicio penal a que pudiese haber lugar por tal diligencia. En atención a la cuantía del título habilítase el papel a partir de septiembre 29 de 1986 (fs. 131). Devuélvase al demandado los bienes secuestrados. Con costas de las dos instancias. Se regula el honorario del Defensor del demandado en setenta mil sucres por su trabajo en primera y segunda instancia. El abogado entregará el porcentaje correspondiente al Colegio de Abogados de Quito. Notifíquese.- f) Liborio Rodas (Conjuez).- f) Julio Egas (Conjuez).- José María Gordillo (Conjuez).

TERCERA INSTANCIA

Quito, marzo 25 de 1988. Las 10h00.- **VISTOS:** Para resolver el recurso del actor D. Víctor Albuja, del fallo de la Segunda Sala de Conjueces de la Corte Superior de Quito en

la ejecución seguida por el recurrente contra PLASTEX S.A., se considera: PRIMERO.- No se observa omisión de solemnidad capaz de anular el proceso. SEGUNDO.- El recurso del actor es procedente únicamente respecto de las partes del fallo venido en grado en que, luego de rechazar la demanda –punto en el cual confirma el fallo del Juez Décimo tercero de lo civil- condena al actor endosatario y a su inmediato endosante al pago de daños y perjuicios, así como dispone que se inicien dos juicios penales, uno por una posible extorsión punible y otro por la traducción para llamar a engaño al Juez respecto del verdadero contenido del documento en que se apoya la demanda. Ese y no más es el ámbito del recurso, desde luego que el fallo de primer nivel quedó ejecutoriado para la actora ya quien apela, el Dr. Raúl Rodríguez Alarcón, nunca fue designado defensor del actor, pero suscribe el escrito de 23 de julio de 1986 como tal “ofreciendo poder o ratificación”, oferta que no la ha cumplido en ningún momento procesal; también el demandado apeló “porque no se condena al pago de daños y perjuicios, costas procesales y honorarios de la defensa, como también porque no se dispone enjuiciamiento penal de la falsa traductora”. No hubo, pues, apelación a concederse a la parte actora, y el Tribunal de Alzada debió declarar indebidamente concedido el recurso y conocer y resolver solamente la apelación del demandado, pero ya no lo principal de la acción. TERCERO.- El objetivo único y final de las medidas preventivas como lo dicen los Arts. 431 y 432 del Código de Procedimiento Civil es asegurar la deuda; no es, de ninguna manera, apremiar al deudor para el cumplimiento de su obligación en forma inmediata, sin contienda. Si la pide con esa intención el ejecutante está abusando del derecho cuando más que el Juez obedeciendo a la letra de la ley (Art. 423 del Código de Procedimiento Civil) debe decretar si se lo piden –la retención o el secuestro- en el auto de pago. Si el ejecutante, sabe, conoce, le consta, que la solvencia del deudor es tal que la deuda está asegurada, si sabe que la deudora es una empresa que tiene patrimonio que excede en mucho al momento de la deuda, y sin embargo, pide desmesurado secuestro de bienes de modo que se paralice la producción de la deudora, está abusando del derecho mediante un acto voluntario, que puede tener el aparente amparo legal de una norma adjetiva, pero que ejecutado maliciosamente, produce un daño que debe ser reparado (Art. 2256 del código Civil). En el caso, si el ejecutante a fs. 5, demuestra su conocimiento de que la maquinaria, materia prima, vehículos, muebles y enseres ubicados en dos locales, la fábrica y el almacén, son de propiedad de la empresa demandada, y en su demanda, pide el secuestro de todos esos bienes, inclusive con habilitación de tiempo y descerrajamiento de seguridades; si

practicado el secuestro se establece que la mercadería, materia prima y equipos secuestrados tienen un valor de S/. 9'185.680, según informe pericial de fs. 30; que, el valor de maquinaria, equipos e instalaciones en la planta industrial –que no llegó a secuestrarse, pero se pidió y ordenó- es de S/.215'000.000 (fs. 32) y que el valor de terrenos y construcciones de la misma planta totalizan S/.23'043.050,00; entonces resulta inaudito que se pretenda asegurar con el secuestro de todo ellos una deuda presunta de tan solo U.S.\$87.500,00. Más todavía, si para fundamentar el pedido de secuestro exorbitante, el inmediato endosante obtiene en jurisdicción voluntaria que se apruebe la traducción de las “letras de cambio” –así califica reiteradamente en su petición- hecha por perito insinuada por él, traducción que resulta falsa como se establece por el acta de fs. 66 y los informes de fs. 91, actuaciones que demuestran que tales documentos son formularios de pagarés simples suscritos como letras de cambio, ocasionando con ello que no sea en definitiva ni lo uno ni lo otro y por tanto tampoco título ejecutivo, requisito sine qua non para pedir la medida preventiva. De este modo, procede que se haya dispuesto los enjuiciamientos penales en el fallo recurrido. CUARTO.- Procede también la condena en daños y perjuicios, atendiendo la expresa solicitud de la parte demandada al finalizar su escrito de excepciones, por la forma maliciosa en que se actuó para obtener el secuestro; condena que respaldada por el Art. 2256 del Código Civil, también se apoya en el Art. 919 del Código de Procedimiento civil. Tales daños y perjuicios se liquidarán verbal y sumariamente, y se referirán específicamente a los ocasionados en los bienes secuestrados cotejando las cantidades al momento de la diligencia con las que se devuelvan a la parte ejecutada; si hubiere objetos desaparecidos, inservibles o deteriorados, se devolverá su valor calculado al precio que tuvieron en plaza a la época de la devolución. Por estas consideraciones y las constantes del fallo recurrido, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desecha el recurso interpuesto y se confirma la providencia impugnada en lo que ha venido en grado. Con costas. Rgúlase en cinco mil sucres el honorario del Dr. Olmedo Berneo por su trabajo en esta instancia. Notifíquese y Devuélvase. F) Jaime Hidalgo López.- f) Fidel Jaramillo Terán.- f) Bolívar Peña Alemá (V.S.).

VOTO SALVADO

Quito, marzo 25 de 1988. Las 10h00.- VISTOS: El Dr. Raúl Rodríguez, comparece como abogado del Dr. Víctor Albuja en el juicio ejecutivo seguido contra Plastex S.A., interponiendo por el peticionario y ofreciendo poder o ratificación, recurso de apelación de la sentencia dictada por el Juez Décimo Tercero de lo Civil de Pichincha, que rechaza la demanda, oferta que no ha cumplido en ninguna instancia. El demandado igualmente interpuso recurso de apelación en la parte que no se condena al actor al pago de daños y perjuicios, costas y honorarios y no se dispone el enjuiciamiento penal de la traductora. La Segunda Sala que conoció el litigio debió rechazar el recurso del actor. Considerando que este no se encontraba legalmente interpuesto y en consecuencia ejecutoriada la sentencia del primer nivel para el accionante quien luego interpone recursos de tercera instancia del fallo dictado por la Segunda Sala de la Corte superior de Quito que reforma la sentencia del Inferior. El ámbito del recurso del actor se contrae entonces a resolver únicamente respecto de las partes del fallo que condena al actor endosatario y a su inmediato endosante al pago de costas, honorarios profesionales, daños y perjuicios y ordena el inicio de juicios penales por extorsión y traducción por llamar a engaño al Juez respecto del documento que se acompaña a la demanda, y para hacerlo, se considera: PRIMERO.- No se advierte vicio procesal alguno que afecte la validez del juicio. SEGUNDO.- El actor en la diligencia de traducción insinuó para intérprete el nombre de la señorita Rotrant Engel y el juez aceptando dicha insinuación sin estar obligado a ello, la designó para el cargo de traductora y bien pudo hacerlo en otra persona y además de conformidad con el Art. 283 del código de Procedimiento Civil no existiendo suficiente claridad en el informe debió nombrar otro o pedir se le informe de los datos que estime necesarios, pues resulta incomprensible que su función se concrete solamente a satisfacer todo lo que le solicita el peticionario sin un discernimiento propio, principalmente en un litigio de importancia contra una industria conocida. La perito en su traducción, así entendió el significado de las palabras en idioma inglés del documento de fs. 1 y es conocido que las traducciones del Inglés al Castellano no siempre reflejan un verdadero significado, principalmente en uso del léxico técnico para ciertas materias, teniendo en cuenta además que dicha traductora no posee título alguno, presumiéndose solamente que tiene suficientes conocimientos sobre la materia que debe informar. Además el juez en providencia con fórmula de sentencia, aprueba en todas sus partes dicho informe pericial. TERCERO.- El demandado ha alegado habersele secuestrado muebles por más de nueve millones de sucres por una obligación de US.\$87.500,00 y que su situación es muy solvente presentando comunicaciones del

Ingeniero Eléctrico Ricardo Córdova e Ingeniero Civil Gustavo Martínez, dirigida al demandando que efectúan un avalúo de maquinarias e inmuebles existentes en suplanta industrial, documentos que por sí solos no justifican la existencia de las mismas ni la propiedad de los bienes raíces que enumeran. No se ha aprobado que el secuestro de la mercadería haya sido excesivo de acuerdo con el documento demandado ya que debe tenerse muy en cuenta su convertibilidad en sucres. Por lo expuesto, aceptándose el recurso interpuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se revoca la sentencia recurrida en lo que ha venido en grado. Sin costas. Notifíquese.- f) Bolívar Peña Alemán.- f) Jaime Hidalgo López.- f) Fidel Jaramillo Terán.⁴³

⁴³ Gaceta Judicial, Serie XV, No. 2, pp. 445-452.